



EDMUND BRANDT (HRSG.)

JAHRBUCH WINDENERGIERECHT 2018



Koordinierungsstelle Windenergierecht
Technische Universität Braunschweig

k:wer-Schriften

Herausgegeben von
Prof. Dr. Edmund Brandt

Redaktion:
Prof. Dr. Bernd Günter



Edmund Brandt (Hrsg.)

Jahrbuch Windenergierecht 2018



BWV | BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtes ist unzulässig und strafbar.

Hinweis: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren oder des Verlags aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2019 BWV | BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin,
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>

Druck: DCM Druck Center Meckenheim GmbH, Meckenheim
Gedruckt auf holzfreiem, chlor- und säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.
Printed in Germany.

ISBN Print: 978-3-8305-3941-4

ISBN E-Book: 978-3-8305-4099-1

Editorial

Das Thema Windenergie hat verschiedene Dimensionen, der angemessene Umgang mit ihr erfordert die Einbringung des Know-how einer Reihe von Disziplinen. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht besteht die zentrale Aufgabe darin, auf der Makro- wie auf der Mikroebene zur Klärung der zahlreichen Fragen beizutragen, die normative Bezüge aufweisen. Die Summe der in dem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse bildet das Windenergierecht. Seine Konturierung ergibt sich derzeit ganz überwiegend nicht aus einer systematischen rechtsdogmatischen Durchdringung – eine solche ist allenfalls in Teilbereichen erkennbar –, sondern daraus, dass der Gegenstand – die Windenergie – zwar außerordentlich facettenreich immer neue Ausprägungen hervorbringt, als solcher aber doch bereits über klar erkennbare Ränder verfügt.

Auf dem so abgesteckten Terrain bewegt sich das Jahrbuch Windenergierecht. Mit ihm wird eine Reihe von Zielen verfolgt:

- Es soll als Plattform für Fachbeiträge – vornehmlich mit rechtswissenschaftlichem Zuschnitt – dienen.
- In ihm sollen aktuelle rechtliche und rechtspolitische Entwicklungen auf dem Gebiet der Windenergie dargestellt und kommentiert werden.
- In Auseinandersetzung mit zentralen Rechtsfiguren soll nach und nach das Rechtsgebiet mit Haltepunkten versehen werden, die Weiterentwicklungen ermöglichen.
- Im Recht der Erneuerbaren Energien stellt das Windenergierecht eine wichtige Ausprägung dar, aber eben doch nur eine Ausprägung. Deshalb sind Querverbindungen zu anderen Ausprägungen zu beleuchten, Besonderheiten, aber auch Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten.

Unverzichtbare Basisgröße ist dabei stets – so auch im Jahrbuch 2018 – die Dokumentation mit Informationen insbesondere zu (rechts-)politischen Entwicklungen, Gerichtsentscheidungen und Literatur (*Günter*).

Bei den Fachbeiträgen fñgt es sich, dass sie schwerpunktmäßig dort ansetzen, wo derzeit ersichtlich wesentliche Konfliktlinien verlaufen und der wissenschaftliche Klärungsbedarf besonders groß ist. Das betrifft namentlich den in den letzten Jahren immer stärker in den Vordergrund tretenden Bereich der kommunalen Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie – gerade vor dem Hintergrund der Akzeptanzdiskussion ist sie von geradezu überragender Bedeutung. Hier mit einer Außenbereichsabgabe anzusetzen, könnte auf der Handlungsebene neue Perspektiven eröffnen, nicht zu vergessen sind allerdings nicht zu unterschätzende insbesondere finanzverfassungsrechtliche Hürden, die es zu nehmen gilt. Beide Aspekte werden in dem Beitrag von Kahl/Wegner aufgegriffen und intensiv diskutiert. Ebenfalls auf der kommunalen Ebene setzt Hirschner an, wenn er die Frage aufwirft, inwieweit der Konzessionsbetrag ein zielführender Baustein kommunaler Energiepolitik zur Unterstützung der Windenergie sein kann.

Aus einer anderen Perspektive, nämlich der Änderung des EEG vom Juli 2017, beleuchtet *Stark* das Instrument der Bürgerenergiegesellschaften – mit einem ebenso abgewogenen wie ernüchternden Befund.

Ein zentrales Dauerthema der letzten Jahre ist im luftverkehrsrechtlichen Bereich angesiedelt, wo nach wie vor mögliche DVOR-Störungen durch Windenergieanlagen im Kontext von § 18a LuftVG namentlich von der Deutschen Flugsicherung ebenso beharrlich wie wissenschaftlich fragwürdig ins Feld geführt werden. Josipovic trägt mit seinen Erläuterungen maßgeblich dazu bei, (endlich) bei der Problemdurchdringung und -lösung einen deutlichen Schritt voranzukommen.

Wie viele das Thema Windenergierecht betreffende Gerichtsentscheidungen es in den letzten Jahren gegeben hat, lässt sich schwer sagen. In Auswertung des Newsletters WER-aktuell sowie der alljährlichen Dokumentation Windenergierecht in den Jahrbüchern kommt *Gawron* allein auf inzwischen über 1.000 Entscheidungen seit 2012. Unter Rückgriff auf rechtssoziologische Grundannahmen wie Ansätzen der Implementationsforschung sowie der rechtssoziologischen Verfahrenstheorie gelangt der Verfasser zu einem perspektivreichen Forschungsdesign, das unbedingt der weiteren Entfaltung harret.

Inhalt

Hartmut Kahl/Nils Wegner

**Kommunale Teilhabe an der lokalen Wertschöpfung der Windenergie –
Das Instrument einer Außenbereichsabgabe.** 9

Ruthard Hirschner

**Der Konzessionsvertrag – Baustein kommunaler Energiepolitik zur
Unterstützung der Windenergie im Rahmen der Energiewende?.** 79

Melf-Christian Stark

**Bürgerenergiegesellschaften – Perspektiven unter Berücksichtigung
der Änderung des EEG vom 17.07.2017** 143

Neven Josipovic

**Zur Bewertung möglicher DVOR-Störungen durch Windenergieanlagen
nach § 18a LuftVG.** 173

Thomas Gawron

Windenergie vor Gericht – rechtssoziologisch betrachtet 191

Bernd Günter

Dokumentation Windenergierecht 2018 213

Autorenverzeichnis 511

Abkürzungsverzeichnis 513

Hartmut Kahl/Nils Wegner

**Kommunale Teilhabe an der
lokalen Wertschöpfung der Windenergie –
Das Instrument einer Außenbereichsabgabe***

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	13
II.	Bisher diskutierte Instrumente und ihre Einordnung	17
1.	Finanzierungs Sonderabgabe	17
a)	Hintergrund und Konzept	17
b)	Rechtliche Einordnung	20
aa)	Wer trägt die Verantwortung für die Akzeptanz des Windenergieausbaus?	20
bb)	Wie lässt sich eine gruppennützige Verwendung konturieren?	22
cc)	Sind Zweckbindung der Mittel und Aufgabenübertragungsverbot kompatibel?	25
dd)	Hilft das Ausweichen auf eine Sonderabgabe mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter?	25
2.	Konzessionierung des Windes als „Bodenschatz“	27
a)	Hintergrund und Konzept	27
b)	Rechtliche Einordnung	29
3.	Abschöpfung des Planungsvorteils aus der Raumnutzung	32
a)	Hintergrund und Konzept	33
b)	Rechtliche Einordnung	34
4.	„Konzessionsabgabe Wind“	35
a)	Hintergrund und Konzept	35
b)	Rechtliche Einordnung	36
5.	„Grundsteuer E“	38
a)	Hintergrund und Konzept	38
b)	Rechtliche Einordnung	39
6.	Städtebauliche Verträge und sonstige Vereinbarungen	40
a)	Hintergrund und Konzept	40
b)	Rechtliche Einordnung	41
aa)	Unterscheidung unterschiedlicher Konstellationen	41
bb)	Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit	42
cc)	Strafrechtliche Risiken und regulatorische Gefahren	42

III.	Eine Abgabe für die Inanspruchnahme des Außenbereichs	44
1.	Was ist eine Ressourcennutzungsgebühr?.....	45
2.	Warum sind Außenbereichsflächen eine knappe Ressource?	47
3.	Wird der Außenbereich öffentlich-rechtlich bewirtschaftet?	50
a)	Gestuftes System der Planung und Vorhabenzulassung	51
b)	Varianten planungsrechtlicher Zulassung von Windenergievorhaben	51
aa)	Konzentrationszonenplanungen als der Zulassung vorausgehende Flächenkontingentierung	51
bb)	Zulassung ohne vorangehenden Planungsakt	52
cc)	Zulassung auf der Grundlage eines Bebauungsplans	53
c)	Zwischenergebnis: Das System der gestuften Planung und Zulassung als Bewirtschaftungsordnung	53
4.	Haben die Träger von Windenergievorhaben einen Sondervorteil aus der Nutzung des Außenbereichs?	54
a)	Sondervorteil innerhalb von Konzentrationszonen	54
b)	Sondervorteil trotz Fehlens windenergiespezifischer Planungen. . .	55
c)	Sondervorteil bei Vorliegen eines Bebauungsplans	56
d)	Sondervorteil trotz Grundrechtsbetroffenheit	57
5.	Höhe und Ausgestaltung der Außenbereichsabgabe	59
a)	Bemessungsmaßstab	59
b)	Praktische Umsetzung	61
6.	Ertragshoheit	62
7.	Gesetzgebungskompetenz	65
8.	Grundrechte	67
a)	Kein Eingriff in das Eigentum	67
b)	Keine unzulässige Berufsausübungsregelung	68
c)	Vertrauensschutz gewährleisten: Erstreckung nur auf Neuanlagen	69
d)	Ungleichbehandlung anderer Außenbereichsnutzungen gerechtfertigt	70
IV.	Zusammenfassung und Fazit	71
1.	Bisherige Vorschläge	72
2.	Die Außenbereichsabgabe	73
	Literaturverzeichnis	75

I. Einleitung

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD strebt beim Bruttostromverbrauch unter bestimmten Voraussetzungen „einen Anteil von etwa 65 Prozent“ erneuerbarer Energien bis 2030 an¹. Daneben hat sich die Koalition vorgenommen, „durch eine bundeseinheitliche Regelung beim weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien (EE) die Standortgemeinden stärker an der Wertschöpfung von EE-Anlagen [zu] beteiligen [...] ohne dass dies insgesamt zu Kostensteigerungen beim EE-Ausbau führt“².

In der Tat hängt der weitere Ausbau der erneuerbaren Energien von der Bereitstellung konkreter Anlagenstandorte ab, die gerade bei der Windenergie an Land vor Ort immer wieder auf **Akzeptanzprobleme** stößt. Die von Anwohnern nicht selten als ungewohnt empfundene Technisierung der Landschaft durch Windenergieanlagen, die Sozialforscher als eine bestimmende Akzeptanzhürde ausmachen³, dürfte bei einem ambitionierten Ausbaupfad eher zu- als abnehmen. Es scheint daher jedenfalls nicht unplausibel, für die **stärkere materielle Beteiligung der Standortgemeinden** an der Wertschöpfung ein Instrument zu schaffen, das die Akzeptanz vor Ort fördert oder die Skepsis gegenüber neuen Windparks zumindest dämpft.

Nun gibt es bereits eine Reihe von Maßnahmen, die darauf abzielen, die Akzeptanz für Windenergieanlagen zu erhöhen⁴. Teils sind dies **von der Branche entwickelte Teilhabemodelle** wie Darlehen, Sparverträge oder vergünstigte Stromtarife, teils **von einzelnen Landesregierungen initiierte Instrumente** wie das Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz (BüGembeteilG) in Mecklenburg-Vorpommern⁵ oder das Siegel „Faire Windenergie“ in Thü-

* Der Beitrag stellt eine aktualisierte und ergänzte Fassung der gleichnamigen Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 9 vom Juni 2018 dar, abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergierecht.de.

1 *Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode* (im Folgenden *Koalitionsvertrag*), Rz. 442.

2 *Koalitionsvertrag*, Rz. 3301 ff.

3 Vgl. *FA-Wind*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz?, 2015, S. 20, Tabelle 3; siehe außerdem das Interview mit dem Soziologen Prof. Dr. Olaf Kühne zum Thema Landschaftsbild und Energiewende, abrufbar unter <https://www.buergerdialog-stromnetz.de/assets/Downloads/Interview-mit-Prof.-Olaf-Kuhne-.pdf>, wonach gerade die Veränderung der vertrauten Umgebung entscheidend ist: „Das zentrale Motiv für den Widerstand ist, dass sich die eigene Heimat nicht verändern soll. Weil der Veränderungsdruck durch fortschreitende Globalisierung und Beschleunigung der Lebenswelt immer größer wird, soll wenigstens unsere physische Umgebung dauerhaft stabil und vertraut bleiben. Deshalb ist beispielsweise auch der Protest gegen solche Veränderungen ein regionales Phänomen [...]“.

4 Siehe dazu im Einzelnen m. z. N. *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, abrufbar unter www.stiftung-umweltenergierecht.de.

5 Siehe dazu vertieft *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, abrufbar unter www.stiftung-umweltenergierecht.de.

ringen⁶. Diese Ansätze können im Einzelnen durchaus wertvoll sein, ihre Wirkung in Summe für den noch anstehenden Ausbau der Windenergie erscheint aber begrenzt:

Zum einen zielen die Modelle primär auf die **Beteiligung Einzelner** und weniger auf die Gesamtheit der vor Ort Betroffenen⁷. Damit ist der Erfolg der Modelle stark vom Identifikations- und Mitwirkungspotenzial, dem Geldbeutel oder der Risikoaversion der individuellen Adressaten abhängig, während die Akzeptanz derjenigen, die sich nicht beteiligen wollen oder können, gar nicht oder nur unvollkommen angesprochen wird.

Zum anderen führen die Modelle, die – wie in Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen – mit einem rechtlichen oder faktischen Zwang arbeiten, in den bundesweiten Ausschreibungen um die EEG-Förderung zu **potenziellen Wettbewerbsverzerrungen**. Projektentwickler in Bundesländern ohne entsprechende Maßnahmen müssen insoweit keinen Aufwand in ihre Kostenkalkulation einbeziehen und können günstiger bieten. Solange nicht alle Bundesländer entsprechende Maßnahmen ergreifen, drohen sich diejenigen Länder, die hier vorangehen, einem Standortnachteil auszusetzen.

Daher ist es naheliegend, über ein **bundesweit einheitliches Modell** nachzudenken,

- das einerseits in den EEG-Ausschreibungen keine regional bedingten Wettbewerbsnachteile schafft und
- andererseits vom Mitwirkungswillen Einzelner unabhängig ist, indem es von vornherein die Standortkommune als die politisch repräsentative und rechtlich verfasste Gemeinschaft vor Ort in den Blick nimmt⁸.

Die **Einnahmen** könnten **vor Ort verwendet** werden und kämen (abstrakt) allen, nämlich der örtlichen Gemeinschaft, zugute. Im Idealfall ist diese Einnahmequelle für Kommunen so attraktiv, dass sie sich aktiv darum bemühen, Standort für Windparks zu werden.

Zwar gibt es insoweit als – allgemein konzipiertes – Instrument bereits die **Gewerbesteuer**. Allerdings ist diese bisher strukturell nicht geeignet, den Haushalten der Standortkommunen einen nennenswerten und stetigen Mittelfluss als Teilhabe an der Wertschöpfung der Windenergie zu sichern⁹:

- Zunächst fällt die Höhe der Gewerbesteuer gerade in den ersten Betriebsjahren regelmäßig besonders gering aus, da sich der Ertrag, an dem sich die Höhe der Steuer bemisst, in dieser Zeit etwa durch Abschreibungen und Verlustvorträge reduziert.

6 Siehe dazu vertiefend *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 7, März 2018, S. 54 ff. m. w. N.

7 Siehe aber die Option der Ausgleichszahlung an Kommunen in Mecklenburg-Vorpommern, die das subsidiär schon aufgreift.

8 Die Gemeinde hat die Gebietshoheit in der kommunalen Gebietskörperschaft, deren Mitgliedschaft durch den Wohnsitz begründet wird. Die Gebietshoheit erstreckt sich auf die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“, so auch die Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG.

9 Ausführlich zur Gewerbesteuer *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 7, März 2018, S. 5 ff. m. w. N.

- Auch entfällt die Beteiligung der Standortgemeinde am Aufkommen der Gewerbesteuer nach der 16-jährigen Abschreibefrist¹⁰, da als Maßstab insoweit der bilanzielle Sachanlagewert der Windenergieanlage herangezogen wird¹¹.
- Schließlich reduziert sich das Gewerbesteueraufkommen der Standortgemeinden durch die Gewerbesteuerumlage und eine zumindest teilweise Anrechnung auf die Höhe der sog. Schlüsselzuweisungen der Länder an die Kommunen¹².

Der Einfluss des windenergiebedingten Gewerbesteueraufkommens zugunsten der Standortkommunen auf die Akzeptanz ist daher begrenzt. Mehrere gesetzgeberische Anläufe, diese Situation zu ändern, sind gescheitert¹³. Das im Koalitionsvertrag benannte, neu zu schaffende Instrument hat daher den Charakter eines Ersatzvehikels zur Gewerbesteuer.

Auch die Einnahmen aus der sog. Eingriffsregelung, nach der für die Anlagenbetreiber als finanzielle Kompensation für den Eingriff in Naturhaushalt und Landschaftsbild regelmäßig eine Zahlungspflicht besteht¹⁴, sind insoweit nicht zielführend. Zum einen kommen die Mittel, je nach Bundesland, den Standortkommunen meist gar nicht zugute, zum anderen handelt es sich um zweckgebundene Einnahmen, die naturschutzfachlich zu verwenden sind und nicht für Maßnahmen zur Akzeptanzförderung eingesetzt werden können¹⁵.

Die Diskussion zur **lokalen Teilhabe an der Wertschöpfung der Windenergie** hat daher zuletzt stark an Dynamik gewonnen. Während die Debatte anfangs sehr abstrakt um die Frage „Wem gehört der Wind?“ oszillierte¹⁶, gibt es mittlerweile eine ganze Reihe von (konkreten) Vorschlägen für Instrumente, die es sich näher anzuschauen lohnt¹⁷. Dieses Papier stellt diese Instrumente vor, ordnet sie mit Blick auf ihre rechtliche Umsetzbarkeit ein und stellt im Anschluss einen eigenen Vorschlag samt seiner rechtlichen Einordnung zur Diskussion.

10 AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter, BMF-Schreiben vom 15. Dezember 2000, BStBl I 2000, 1532, Ziffer 3.1.5; Vgl. dazu: *Bundesfinanzhof*, Urt. v. 14.04.2011 – IV R 46/09, Rn. 27 ff.

11 § 6 Abs. 1 Nr. 1, § 7 Abs. 1 EStG.

12 Siehe *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 10 f. zur Gewerbesteuerumlage sowie S. 14 zu den Auswirkungen des kommunalen Finanzausgleichs auf die Verteilung des zusätzlichen Gewerbesteueraufkommens von Standortkommunen durch eine Gewerbesteuererlegung nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 GewStG.

13 Ausführlich zur Gewerbesteuer *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 5 ff.

14 Ausführlich *Fülbier*, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei Windenergieanlagen, NuR 2017, 804-812.

15 Siehe im Einzelnen *Paschedag/Buchholz*, Zulässige Maßnahmen zur Kompensation von Eingriffen in das Landschaftsbild durch Windenergieanlagen, Rechtsgutachten im Auftrag der Westfalen-Wind GmbH, Berlin, 22.10.2014, S. 29 ff.

16 Siehe hierzu ZUR 12/2017 sowie die Beiträge in ZUR 1/2018. Kritisch dazu *Korbmacher*, Wind ist ganz anders – Zugleich eine Antwort auf Beiträge im ZUR-Sonderheft „Wem gehört der Wind?“, ZUR 2018, 277-281.

17 Dazu sogleich unter II.

Bei aller – auch durch den Koalitionsvertrag befeuerten – Fokussierung der Debatte auf kommunale Einnahmen aus der Windenergie bleibt jedoch Folgendes festzuhalten: Eine stärkere materielle Teilhabe der Standortkommunen an der Windenergie ist per se kein „silver bullet“ für mehr Akzeptanz. **Andere Elemente** wie Transparenz- und Dialogbereitschaft der Projektierer, Informationsveranstaltungen oder eine frühzeitige Einbindung in Planungs- und Genehmigungsprozesse bleiben essenziell, wie auch die aus der Branche heraus entwickelten Formate weiter ihre Berechtigung haben können und hilfreich bleiben.

Daher sollte der Gesetzgeber auch immer im Blick haben, wann verschiedene Ansätze zur finanziellen Beteiligung nebeneinander bestehen sollen und können. Ein Instrument sollte nicht das ersticken, was schon gut läuft und deshalb nach Möglichkeit vor Ort auch flexibel gehandhabt werden können. Daneben ist zu beachten, was an möglichen Folgeänderungen auch und gerade im Landesrecht erforderlich ist. So ist – will das Instrument effektiv sein – sicherzustellen, dass die Gelder auch tatsächlich bei den Gemeinden verbleiben und von ihnen für die jeweils sinnvollste Maßnahme eingesetzt werden können, die vor Ort am besten zur Akzeptanzförderung beitragen kann. Gehen die neu erschlossenen Einnahmen hingegen im kommunalen Finanzausgleich oder in der Haushaltssicherung unter, bleibt diese Wirkung aller Voraussicht nach aus.

Zu der Debatte gehört nicht zuletzt auch eine ehrliche Auseinandersetzung mit der Frage, welche Folgewirkungen die **Einführung eines neuen Kostenblocks** für Strom aus Windenergie nach sich zieht und inwiefern diese gewünscht sind. Antizipiert man das marktrationale Verhalten der Betreiber von Windenergieanlagen, ist nämlich anzunehmen, dass sie die Mehrkosten eines solchen Instruments nicht einfach von ihrer Gewinnerwartung abziehen, sondern im Rahmen der EEG-Ausschreibungen zumindest teilweise in ihre Gebote einpreisen. In der Folge dürfte das Preisniveau und der mit der EEG-Umlage finanzierte Förderbedarf steigen. Das heißt, den Zuwachs der Einnahmen aufseiten der Standortkommunen würden am Ende die Stromverbraucher über die bundesweit erhobene EEG-Umlage zahlen. Hinter die Formulierung des Koalitionsvertrages¹⁸, dass das Instrument zu keinen „Kostensteigerungen beim EE-Ausbau führt“, darf man daher getrost ein Fragezeichen setzen – unabhängig davon, ob sie nun als Versprechen oder Bedingung zu werten ist.

Eine **Umverteilung** würde allerdings insoweit stattfinden, als die Stromkunden in (urbanen) Gebieten mit wenig Windenergieerzeugung die Einnahmenseite derjenigen (ländlichen) Gemeinden verbessern, in denen es viele Windenergieanlagen gibt. Die Einwohner dieser Gemeinden zahlen zwar auch die EEG-Umlage, profitieren aber indirekt von dem Transfer, indem ihre Kommunen größere finanzielle Spielräume bekommen, vor Ort in lokale Lebensqualität zu investieren.

Ob die anzunehmende **Verteuerung des Endkundenstrompreises** für das beabsichtigte Mehr an Akzeptanz in Kauf genommen wird oder ob es die Notwendigkeit konterkariert, erneuerbar erzeugten Strom möglichst günstig zu machen, um ihn im Sinne der **Sektorkopplung** stärker auch im Verkehrs- und Wärmesektor einzusetzen, muss vom Gesetzgeber entschieden werden. Dieser kann den Zielkonflikt ggf. auch als einen weiteren Anlass da-

18 Koalitionsvertrag, Rz. 3301 ff.

für nehmen, andere Kostenblöcke der EEG-Umlage, wie etwa die Besondere Ausgleichsregelung für stromkostenintensive Unternehmen, künftig über Haushaltsmittel zu finanzieren.

Die Debatte um ein Akzeptanzinstrument für Windenergie an Land zugunsten der Standortkommunen bietet die Gelegenheit, im Wettbewerb der Ideen konkrete Instrumente zu entwickeln, auf ihre rechtliche Umsetzbarkeit und Administrierbarkeit hin zu untersuchen und ihre Folgewirkungen möglichst umfassend in den Blick zu nehmen. Dazu einen Beitrag zu leisten, ist Anliegen des vorliegenden Beitrags.

II. Bisher diskutierte Instrumente und ihre Einordnung

1. Finanzierungssonderabgabe

Den Vorschlag, im EEG eine sog. Finanzierungssonderabgabe zugunsten der Standortkommunen einzuführen, haben das Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität e.V. (IKEM), die Kanzlei Becker Büttner Held (BBH) und das Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik (WIP) der TU Berlin im Auftrag von Agora Energiewende vorgelegt¹⁹.

a) Hintergrund und Konzept

Die Abgabe impliziert eine Finanzierungsverantwortung der Betreiber,

„die als Verursacher von Nachteilen und Beeinträchtigungen durch ihre WEA herangezogen werden können und zudem von einer möglichen Akzeptanzsteigerung finanziell weit überwiegend profitieren würden“²⁰.

Anspruchsberechtigt sollen die Kommunen entsprechend ihres Gemeindegebietsanteils an einer Kreisfläche um die jeweilige Anlage herum sein, wobei der Radius des Kreises der x-fachen Gesamthöhe der Anlage entsprechen soll²¹. Vorgesehen ist eine Einmalzahlung zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme, die sich aus einem „Höhenentgelt“ (in EUR/m der Gesamthöhe) und einem „Anlagenleistungsentgelt“ (in EUR/kW installierter Leistung) zusammen-

19 IKEM u. a., Ausgestaltungsoptionen und -empfehlungen zur finanziellen Beteiligung von Kommunen beim Ausbau von Windenergieanlagen an Land, in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie, Berlin, Januar 2018, abrufbar unter www.agora-energiewende.de/veroeffentlichungen/ (im Weiteren mit Blick auf die fortlaufenden Seitenzahlen der beiden Vorschläge im Gesamtdokument: IKEM u. a., Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?).

20 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 69.

21 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 72 mit dem vorgeschlagenen neuen § 7a Abs. 4 EEG.

setzt²². Die daneben tretende, jeweils zum Jahresende fällig werdende laufende Zahlung soll sich wiederum aus dem „Höhenentgelt“ (in EUR/m der Gesamthöhe) und einem „Stromengenentgelt“ (in EUR/erzeugter kWh) zusammensetzen²³. Als Handlungsform wählt die Studie dafür eine Finanzierungs Sonderabgabe.

Sonderabgaben mit Finanzierungszweck unterliegen bestimmten Voraussetzungen, da sie im Steuerstaat die Ausnahme bleiben sollen: Der Gesetzgeber kann mit einer solchen Abgabe nur eine homogene Gruppe in Anspruch nehmen, die wegen ihrer spezifischen Sachnähe zu dem verfolgten Zweck einer besonderen Finanzierungsverantwortung unterliegt; im Gegenzug können die eingenommenen Mittel auch nur gruppennützig, also zweckgebunden, verwendet werden²⁴.

Die Autoren der von Agora Energiewende beauftragten Studie gehen davon aus, dass die Betreiber von Windenergieanlagen eine homogene Gruppe bilden und einer solchen Finanzierungsverantwortung unterliegen²⁵. Der Gesetzgeber habe durch die Etablierung der Sonderregelungen für Bürgerenergiegesellschaften in § 36g EEG 2017 und durch die 10 H-Regelung in Bayern den Betreibern von Windenergieanlagen zumindest „implizit eine (Mit-) Verantwortung für die Schaffung von lokaler Akzeptanz“²⁶ zugewiesen, denn ohne Akzeptanz sei der weitere Ausbau der Windenergie an Land gefährdet. Da die Betreiber vom Bau der Anlagen profitierten, die Bevölkerung vor Ort aber nicht notwendigerweise finanziell partizipiert, läge es nahe, „die Verantwortung zur Finanzierung akzeptanzsteigernder Maßnahmen speziell bei den WEA-Betreibern zu sehen“²⁷.

Das Verursacherprinzip, das die Autoren im Staatsziel des Umweltschutzes in Art. 20a GG verorten, erschöpfe sich zudem nicht in den Betreiberpflichten des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG). Denn „[f]ür gleichwohl der Allgemeinheit oder der Nachbarschaft entstehende Nachteile oder Belästigungen“ würden sie „weiterhin die Verantwortung“ tragen²⁸. Damit korrespondiere „eine Finanzierungsverantwortung im Sinne der verfassungsrechtlichen Sonderabgabendogmatik“: Der Staat könne „an diese Verantwortung einen Nachteils- und Belästigungsausgleich im Wege einer Finanzierungs Sonderabgabe“ anknüpfen: „Mögliche Benachteiligungen und Belästigungen in diesem Sinne“ könnten „den Akzeptanzdebatten entnommen werden, zum Beispiel Sichtbarkeit und Verschattung“²⁹.

22 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 72 mit dem vorgeschlagenen neuen § 7a Abs. 2 EEG.

23 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 72 mit dem vorgeschlagenen neuen § 7a Abs. 3 EEG.

24 Vgl. von Stockhausen, *Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben*, Berlin 2007, S. 164 ff.

25 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 60 f.

26 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 61.

27 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 61.

28 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 62.

29 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?*, S. 62.

Allerdings liege es „in der Natur der Sache, dass die ‚Verantwortlichen‘ nicht effektiv individuell identifizierbar“ seien, „da es unmöglich erscheint, objektive überprüfbare Kriterien aufzustellen, wann die Betreiber ihre Pflicht zur Akzeptanzsteigerung und zum Ausgleich für Nachteile und Belästigungen sämtlicher umliegender Kommunen erfüllt haben“³⁰. Die pauschale Inanspruchnahme aller Gruppenmitglieder sei insoweit gerechtfertigt, wenn man auch erwägen könne, die Abgabepflicht im Einzelfall entfallen zu lassen oder zu reduzieren.

Für eine Finanzierungsverantwortung der Betreiber spreche schließlich, dass die eingenommenen Mittel von den Kommunen gruppennützig verwendet werden müssten, wobei sich die Autoren dafür aussprechen, eine „weiche Form der Zweckbindung“ zu wählen, um „durch eine zu starre Zweckbindung im Einzelfall“ die Akzeptanzsteigerung nicht zu gefährden³¹.

Als Problem identifizieren die Autoren das sog. Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Danach dürfen den Kommunen durch ein Bundesgesetz keine Aufgaben übertragen werden. Für die vorgeschlagene Regelung aber sei „es denkbar, in der Pflicht zur zweckgebundenen Verausgabung der Mittel aus der Sonderabgabe eine verbotene Aufgabenübertragungsvorschrift zu sehen, denn die Kommunen müssen darüber gesondert beraten und beschließen und die Umsetzung der Maßnahmen administrieren“³².

Im Mittelpunkt der Vorschrift stehe der Schutz der Finanzhoheit der Kommunen, die keine Aufgaben übertragen bekommen sollen, ohne die dafür notwendigen Mittel zu erhalten. Hier gehe es gerade darum, den Kommunen Mittel zukommen zu lassen, deren zweckgebundene Verwaltung aber eine neue Aufgabe mit sich bringe. Bei „einer allgemein gehaltenen Zweckbindungsklausel“ würde ein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungshoheit „eher gering ausfallen“, was auch dann noch der Fall wäre, „wenn diese Klausel im Sinne der Rechtssicherheit mit Regelbeispielen veranschaulicht würde“³³. Dagegen falle „die Einschränkung der Regelungsautonomie der Länder und Kommunen umso intensiver aus, je konkreter der Bundesgesetzgeber die Zweckbindung“ ausgestalte: „Würde der Bund die Maßnahmen zur Akzeptanzsteigerung (abschließend) regeln, wie zum Beispiel die Finanzierung von Spielplätzen etc.“, könne dies verfassungsrechtlich nicht mehr zulässig sein³⁴.

Letztlich sei die mit der Föderalismusreform I eingeführte Regelung zum Aufgabenübertragungsverbot noch zu neu, um sich auf eine klar konturierte Rechtsprechung dazu stützen zu können. Es bleibe eine Herausforderung, einerseits das Aufgabenübertragungsverbot zu berücksichtigen, indem man eine möglichst lockere Zweckbindung der Mittel statuiere, andererseits aber die Anforderungen an die gruppennützige Verwendung und Zweckbindung einzuhalten, um keine Sonderabgabe zu schaffen, die sich zu weit einer unzulässigen Sondersteuer annähert. Alle durchgespielten Regelungsvarianten seien insofern „nicht unproblematisch“³⁵.

30 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 62.

31 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 62.

32 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 64.

33 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 64.

34 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 64.

35 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 65.

b) Rechtliche Einordnung

Auf Anhieb überzeugend ist der Vorschlag, nicht nur die Standortgemeinde an den Einnahmen zu beteiligen, sondern anteilig alle Kommunen in einem bestimmten Radius um die Anlagen herum. Allerdings beschreibt die Studie die (finanz-)verfassungsrechtlichen Herausforderungen einer solchen Sonderabgabe zutreffend als mit einem „rechtliche[n] Restrisiko“³⁶ belegt. Dieses betrifft allerdings nicht nur den von der Rechtsprechung noch nicht auskonturierten Prüfungsmaßstab für das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, sondern unseres Erachtens auch die bemühten Begründungsmuster für den Vorschlag selbst.

aa) Wer trägt die Verantwortung für die Akzeptanz des Windenergieausbaus?

Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, ob es überhaupt eine (Finanzierungs-)Verantwortung der Betreiber für die Akzeptanz ihrer Anlagen gibt. Offen ist dabei nicht nur, was überhaupt unter „Akzeptanz“ zu verstehen ist: Nur eine (widerwillige) Duldung seitens der Betroffenen oder eher ein affirmatives Begrüßen³⁷? Auch ist keineswegs vorgezeichnet, dass ausgerechnet die Betreiber selbst dafür – wofür konkret auch immer – verantwortlich sind.

Denn die Verantwortung für die Akzeptanz von gesetzgeberisch vorgezeichneten und behördlich administrierten Entscheidungen liegt im demokratischen Rechtsstaat jedenfalls nicht primär beim Normadressaten. Der Inhaber einer bestandskräftigen Genehmigung nach dem BImSchG, der mit dieser legal eine Windenergieanlage errichten und betreiben darf, muss zunächst darauf vertrauen können, dass der Staat – auch als Inhaber des Gewaltmonopols – dafür Sorge trägt, dass er sein Recht als Betreiber auch faktisch und frei von Störungen Dritter ausüben kann.

Nun ist dies eine sehr formale Sicht und im Übrigen völlig klar, dass sich Akzeptanzmaßnahmen für Windenergie deshalb nicht erübrigen, gerade im Vorfeld der Errichtung und des Betriebs. Diese formale Sicht macht aber deutlich, dass den Betreibern hier zumindest keine primäre Einstandspflicht für die Sicherstellung der Akzeptanz ihrer Tätigkeit trifft. Dies bleibt zunächst eine öffentliche Aufgabe der Allgemeinheit, die in den verfassten Handlungsformen einer Repräsentativdemokratie die Entscheidung getroffen hat, dass es künftig eine Energieversorgung auf Basis gerade auch der Windenergie geben soll. Die Betreiber von Windenergieanlagen können also nicht als eine Art Anlass- oder Zustandsstörer³⁸ betrachtet werden,

36 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 64.

37 Vgl. zur Spannbreite dessen, was unter Akzeptanz verstanden werden kann *Würtenberger*, Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren, NJW 1991, 257 (258); *Benda*, Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, DÖV 1983, 305 (306) sowie jüngst *Kindler*, Zur Steuerungskraft der Raumordnungsplanung – Am Beispiel akzeptanzrelevanter Konflikte der Windenergieplanung, Baden-Baden 2018, S. 42 f.

38 In der Tat wurde bereits die Parallele gezogen, Betreiber von Windenergieanlagen seien wie Fußballveranstalter zu behandeln, die nach neuester Rechtsprechung (*OVG Bremen*, Ur. v. 05.02.2018 – 2 LC 139/17) auch für die Polizeieinsätze zur Absicherung von sog. Hochrisikospielen zahlen müssten. Trotz Vergleichbarkeit der Problemlagen auf den ersten Blick erscheint eine Parallelisierung nicht unproblematisch, geht es hier doch um eine spezielle Problematik des Gebührenrechts,

die durch ihr Verhalten das Problem mangelnder Akzeptanz erst geschaffen haben und deshalb auch selbst dafür verantwortlich wären, diese sicherzustellen.

In seinem Urteil zur (zulässigen) Umlage zur Finanzierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)³⁹ hat das *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* eine Sachnähe der Gruppe der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute und deren besondere Finanzierungsverantwortung angenommen: Damit werde eine Aufsicht finanziert, die der Bewältigung von Risiken diene, die spezifisch für den Markt seien, auf dem die Institute tätig sind. Insbesondere gehe es um die Erhaltung eines hinreichenden Vertrauens in die der Aufsicht unterstehenden Märkte, ohne das die Institute nicht arbeiten könnten und das eine konstitutive Rahmenbedingung für ihre Tätigkeit sei⁴⁰.

Anders liegt der Fall bei der Realisierung von Windenergieanlagen und ihrer Akzeptanz: Hier kommt es nur darauf an, dass die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen eingehalten werden, während die Akzeptanz des Vorhabens gerade keine (konstitutive) Voraussetzung ist. Schließlich kann eine erteilte BImSchG-Genehmigung auch zwangsweise durchgesetzt werden. Die Akzeptanz dafür ist hier nur insoweit von Bedeutung, als diese – so die Annahme – zu weniger Widerstand führt, der in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu verarbeiten ist. Zu einer faktischen Verhinderung der Windenergievorhaben kann und darf die mangelnde Akzeptanz allein letztlich nicht führen⁴¹.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat zwar hervorgehoben, dass es für die Annahme einer Finanzierungsverantwortung nicht hinderlich ist, wenn das Erreichen des mit der Abgabe verfolgten Zwecks auch im öffentlichen Interesse liegt, denn dies sei Zweck eines jeden staatlichen Handelns⁴². Dennoch spricht viel dafür, dass bei der Akzeptanzsicherung für die Windenergie weniger das gemeinsame Gruppeninteresse der Vorhabenträger an einer reibungslosen Realisierung ihrer Projekte als vielmehr das öffentliche Interesse sichergestellt werden soll, die vom Gesetzgeber beschlossenen Gesetze zum Ausbau der Windenergie mit der für die Zielerreichung nötigen Stetigkeit umzusetzen. Eine besondere Finanzierungsverantwortung gerade der Vorhabenträger begründet dies nicht.

Die Finanzierungsverantwortung kann sich auch nicht aus der zweckgebundenen Verwendung der Mittel begründen, wie die Studie nahelegt⁴³. Zwar ist es richtig, wie die Autoren hervorheben, dass das *BVerfG* die Gruppennützigkeit der Mittelverwendung als indiziert

nicht aber die finanzverfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Sonderabgabe, vgl. *Pötsch*, Die Kostentragung für Polizeieinsätze bei Fußballspielen – eine neue Verwaltungsgebühr ante portas, NVwZ 2018, 868 (868 f.).

39 BVerfGE 124, 235.

40 BVerfGE 124, 235, juris Rn. 24.

41 Hierzu bereits *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 8, März 2018, S. 46 f.

42 BVerfGE 108, 186 (227 f.); 124, 235, juris Rn. 26.

43 *IKEM* u. a., in: *Agora Energiewende*, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 62.

annimmt, wenn Sachnähe und Finanzierungsverantwortung vorliegen⁴⁴. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass umgekehrt eine gruppennützige Verwendung die Finanzierungsverantwortung begründet. Dadurch würde das Pferd von hinten aufgezäumt. Einen Rückschluss von dem Nutzen aus der Mittelverwendung auf die Finanzierungsverantwortung für die Mittelbeschaffung hat das *BVerfG* lediglich fakultativ bei der sog. Indienstnahme Privater angenommen⁴⁵, die – anders als eine Sonderabgabe – nur grundrechtlichen Grenzen unterliegt⁴⁶. Die Studie begründet nicht, weshalb diese Argumentationsfigur dennoch auch für Sonderabgaben gelten sollte.

bb) Wie lässt sich eine gruppennützige Verwendung konturieren?

Bei der Ausgestaltung des Vorschlags steht der Gesetzgeber vor der Herausforderung, die – von der Rechtsprechung für Sonderabgaben geforderte – Gruppennützigkeit der Mittelverwendung zu konturieren. Dass es – wie schon auf der Einnahmenseite bei der Begründung der Finanzierungsverantwortung – schwierig ist, Akzeptanz normativ überhaupt fassbar zu machen, zeigt sich auch auf der Ausgabenseite: In dem ausformulierten Gesetzesvorschlag der Studie heißt es, die Gemeinden sollten die eingenommenen Mittel „zur Steigerung der Akzeptanz für Windenergieanlagen bei ihren Einwohnern verwenden“⁴⁷.

Immerhin lässt der Vorschlag die Kommunen mit dieser Vorgabe nicht allein, sondern macht in einem nicht abschließenden Katalog Vorschläge, die teils eins zu eins aus § 11 Abs. 4 des BüGembeteilG in Mecklenburg-Vorpommern stammen. Zur Erreichung des Zwecks nennt der Vorschlag „insbesondere“ folgende Maßnahmen⁴⁸:

- „1. Aufwertung von Ortsbild und ortsgebundener Infrastruktur,
2. Information über Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien und über Möglichkeiten zur Nutzung Erneuerbarer Energien und zur
3. Förderung kommunaler Veranstaltungen oder Einrichtungen, die der Kultur, Bildung oder Freizeit dienen, oder unternehmerischer Tätigkeiten in der Gemeinde, wobei für

44 Vgl. *BVerfG*, Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 24. November 2015 - 2 BvR 355/12 - Rn. 40: „Sind Sachnähe [...] und Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe der Abgabepflichtigen gegeben, wirkt die zweckentsprechende Verwendung des Abgabenaufkommens zugleich gruppennützig, entlastet die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner nämlich von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe.“

45 Vgl. *BVerfGE* 114, 196 (246) zur Einbindung von Großhändlern und Apotheken in die gesetzliche Krankenversicherung und *BVerfGE* 85, 226 (236 f.) zum Nutzen auch des Arbeitgebers aus dem Sonderurlaub seines Arbeitnehmers für ehrenamtliche Jugendarbeit.

46 Vgl. von *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben – Maßstäbe der Finanzverfassung, der Freiheitsrechte und des Prinzips der Lastengleichheit, 2007, S. 158 ff.

47 *IKEM* u. a., in: *Agora Energiewende*, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 72 mit dem neu zu schaffenden § 7a Abs. 6 S. 1 EEG.

48 *IKEM* u. a., in: *Agora Energiewende*, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 72 mit dem neu zu schaffenden § 7a Abs. 6 S. 2 EEG.

die Einwohner ein Bezug zu den aus der Windenergieerzeugung generierten Geldmitteln erkennbar sein sollte“.

Bei allem Bemühen, den Kommunen keine zu engen Vorgaben zu machen, stellen sich bei den vorgeschlagenen Beispielen eine Reihe von Fragen.

Mag die Aufwertung des Ortsbildes als ästhetische Kompensation für die Veränderung des Landschaftsbildes durch Windenergieanlagen noch einleuchten, stellt sich schon bei der ortsgebundenen Infrastruktur die Frage, warum etwa bei einer vom Wortlaut umfassten Ertüchtigung der kommunalen Abwasserleitungen die Akzeptanz der Windenergie gewinnen müsste.

Die vorgeschlagenen Informationen über die Stromerzeugung aus erneuerbaren Quellen und den weiteren Möglichkeiten ihrer Nutzung sind da gewiss sachnäher, allerdings leuchtet nicht auf Antrieb ein, weshalb gerade die Kommune der richtige Vermittler dafür sein soll. Die nötigen fachlichen und kommunikativen Kompetenzen für diese Art der Bildungsarbeit gibt es andernorts schon zur Genüge und im Zweifel können gerade die Betreiber dies selbst viel kompetenter wahrnehmen, weil es ohnehin zu ihrem unternehmerischen Vertriebskonzept gehört. Dabei ist dies nicht nur eine reine Effizienzerwägung, sondern hat auch eine justitiable Seite. Bei der Beurteilung des Forstabsatzfondsgesetzes hat das *BVerfG* festgestellt, dass bei einer „zwangsweise durchgeführten Fördermaßnahme“⁴⁹ „im Wege staatlich organisierter ‚Selbsthilfe‘“⁵⁰ „erhöhte Anforderungen an den Gruppennutzen“⁵¹ erfüllt sein müssen⁵²:

„Die abgabepflichtigen Unternehmen verursachen keinen Bedarf, für dessen Befriedigung sie ohne weiteres verantwortlich gemacht werden könnten. Der Staat greift vielmehr [...] mit wirtschaftspolitisch begründeten Förderungsmaßnahmen gestaltend in die Wirtschaftsordnung ein und weist den erst dadurch entstehenden Finanzierungsbedarf den mit der Abgabepflicht belasteten Unternehmen zu. Diese finanzielle Inanspruchnahme für die staatliche Aufgabenwahrnehmung, die durch hoheitliche Entscheidung an die Stelle des individuellen unternehmerischen Handelns tritt, stellt sich aus der Sicht des Abgabepflichtigen nicht nur als eine rechtfertigungsbedürftige, zur Steuer hinzutretende Sonderbelastung, sondern auch als Verkürzung seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit dar [...] und bedarf auch insoweit besonderer Rechtfertigung.“

Auch bei der Förderung einer aus umweltpolitischen Gründen gewünschten Technologie gibt es laut *BVerfG* keine Vermutung für den Mehrwert staatlichen Handelns⁵³:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob [...] sich die Forst- und Holzwirtschaft, wie behauptet, in besonderer Weise Vorurteilen der Bevölkerung gegen den Werkstoff Holz gegenüberstellt. Ebenso kann offen bleiben, ob die staatlichen Interventionen in den Wettbe-

49 *BVerfG*, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 62.

50 *BVerfG*, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 54 mit Verweis auf *BVerfGE* 82, 159 (178).

51 *BVerfG*, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 63.

52 *BVerfG*, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 62.

53 *BVerfG*, Beschl. v. 12.5.2009, Az. 2 – BvR 743/01, Rn. 67.

werb zwischen Baumaterialien nicht ausschließlich oder doch ganz überwiegend durch allgemeine wirtschafts- und umweltpolitische Allgemeinwohlziele getragen werden und auch getragen werden müssen, die als solche eine spezifische Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen gerade nicht begründen können. Denn jedenfalls folgt aus dem zur Rechtfertigung der Abgabe Vorgebrachten nicht mit der gebotenen Evidenz die Sachgerechtigkeit staatlicher, durch Sonderabgaben finanzierter Absatzförderung. Angesichts einer, wie allgemein bekannt, hochentwickelten Holztechnologie und differenzierter Produkte, die sich jeweils in spezifischen Konkurrenzlagen zu behaupten haben, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, eine auf die Materialgattung Bauholz bezogene staatliche Absatzförderung sei unverzichtbar [...]. Die Verbesserung der allgemeinen Wertschätzung für ein Produkt ist im Ergebnis Gegenstand jedweder Absatzförderung. Für eine allgemeine Vermutung evidenten Mehrwerts staatlich organisierter im Vergleich mit privatwirtschaftlicher Absatzförderung fehlt auch hier die Grundlage.“

Eine Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung liefert die Studie insoweit nicht. Dabei wäre es nötig, hier den spezifischen Mehrwert der Informationsvermittlung gerade durch die Kommunen zu begründen.

Auch eine Begründung, weshalb sich der Vorschlag für die Informationen allgemein auf „die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien“ bezieht, obwohl das Ziel die Akzeptanzsteigerung nur für die Windenergie ist, bleibt aus. Bekanntlich ist die Akzeptanz für die Energiewende und den Ausbau erneuerbarer Energien allgemein ja vorhanden, während die Schaffung der Akzeptanz für konkrete Windenergievorhaben vor Ort die eigentliche Herausforderung ist. Warum Informationen allgemeiner Natur zu (beliebigen) erneuerbaren Energieträgern diese Akzeptanz schaffen, wird nicht klar.

Die als drittes Beispiel vorgeschlagene Förderung von Kultur-, Bildungs- oder Freizeitformaten sowie unternehmerischen Tätigkeiten in der Gemeinde steht unter dem Vorbehalt, dass für die Einwohner ein Bezug zur Herkunft der Fördergelder aus der Windenergie „erkennbar sein sollte“. In den Grenzen des Beihilferechts, gerade für die unternehmerischen Tätigkeiten, sollte dies praktisch einfach umsetzbar sein, indem die Formate entsprechend gelabelt werden. Ob diese Zuordnung allein ausreichend ist, um die Akzeptanz zu erhöhen, darf allerdings bezweifelt werden, da den Formaten im Übrigen der faktische Bezug zur Windenergienutzung fehlen dürfte. Geschaffen würde ein Pflicht-Sponsoring für beliebige (und ggf. sogar sachfremde) Inhalte, in das die Anlagenbetreiber programmatisch nicht einbezogen werden und für die im Zweifel nur die Hoffnung besteht, dass sie akzeptanzförderlich sind.

Wenn schon, so müsste hier in den aufgelegten Formaten zumindest eine Verknüpfung mit inhaltlichen Fragen der Windenergienutzung erfolgen, um dem Gruppennutzen der Betreiber gerecht zu werden. Eine Finanzierungsverantwortung für „panem et circenses“ haben die Betreiber nämlich nicht. Deutlich wird hier wieder, dass Akzeptanz ein viel zu konturloser Begriff ist, um ihn in den Mittelpunkt einer Gruppenverantwortung für eine Sonderabgabe zu stellen. Spätestens bei dem Versuch, die Akzeptanz durch konkrete Maßnahmen herbeizuführen, zeigt sich, dass diese zu voraussetzungsreich und zu wenig messbar ist, um Ziel und Maßnahmen hinreichend rechtssicher verbinden zu können.

cc) Sind Zweckbindung der Mittel und Aufgabenübertragungsverbot kompatibel?

Charakteristisch für die Zweckbindungsklausel des Agora-Vorschlags sind seine weichen Formulierungen. Er arbeitet nicht nur – wie eben gesehen – mit sog. Regelbeispielen („insbesondere“), sondern bedient sich auch sonst einer eher unverbindlichen Sprache: Die Kommunen „sollen“ (nicht: müssen) die eingenommenen Mittel „nach Möglichkeit“ zur Steigerung der Akzeptanz einsetzen, wofür die exemplarisch genannten und oben schon beschriebenen Beispiele lediglich „in Betracht“ kommen⁵⁴.

Hintergrund dieser Zurückhaltung ist das oben bereits thematisierte Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG, nach dem ein Bundesgesetz den Kommunen keine Aufgaben übertragen darf. Die Autoren wollen durch die weichen Vorgaben bei der Zweckbindung vermeiden, dass die Grenze dieses Verbotes überschritten wird. Dabei sind sie sich bewusst, dass diese Grenze weder sonderlich scharf konturiert ist, noch dass ihr Vorschlag garantiert, in dieser Frage verfassungsfest zu sein. Richtig ist daher die Einschätzung der Autoren, dass insoweit ein „rechtliches Restrisiko“ besteht. Allerdings gilt dies nicht für ihre Einschätzung, dass dieses Risiko „jedoch hingenommen werden“ könne: Erkennbar ist nämlich nicht, mit welchen Argumenten diese Entwarnung zu begründen wäre und wie das „Restrisiko“ quantifiziert und damit kalkulierbar gemacht werden könnte. Die versuchsweise aufgebaute Argumentation, die von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG adressierte Gefährdung der kommunalen Haushaltssituation durch eine Aufgabenzuweisung des Bundes sei eingedämmt, wenn die Aufgabe nur die Verwaltung zusätzlicher Mittel betrafe, klingt zwar auf den ersten Blick plausibel, hat aber (bisher) keine Verankerung in der Rechtsprechung, sodass man sich besser am eindeutigen Wortlaut der Norm orientiert („[...] dürfen [...] Aufgaben nicht übertragen werden“).

Entscheidet sich der Gesetzgeber bewusst für den Weg einer Finanzierungs Sonderabgabe, entscheidet er sich damit zwingend auch für die Zweckbindung der Mittel. Überträgt er den Kommunen dann die Aufgabe, diese Zweckbindung umzusetzen, gerät der Gesetzgeber damit unvermeidlich auf das sensible Terrain des Aufgabenübertragungsverbots. Dieses Dilemma lässt sich unseres Erachtens nicht damit auflösen, die Zweckbindung besonders unverbindlich zu formulieren, denn dies garantiert nicht die gewünschte Rechtssicherheit: Dass die Kommunen eine zusätzliche Aufgabe übertragen bekommen, steht ja auch dann außer Zweifel, wenn sie bei der Umsetzung dieser Aufgabe einen gewissen Spielraum haben. Nicht zuletzt gefährdet die weiche Zweckbindung auch wieder die Zulässigkeit der Sonderabgabe; nämlich dann, wenn sie keine Gruppennützigkeit garantieren kann. Insoweit dürften sich Zweckbindungsgebot und Aufgabenübertragungsverbot gegenseitig blockieren.

dd) Hilft das Ausweichen auf eine Sonderabgabe mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter?

Als weniger riskante Alternative zur Finanzierungs Sonderabgabe diskutiert der Agora-Vorschlag daher noch die Ausgestaltungsvariante einer Sonderabgabe mit Lenkungszweck bzw.

54 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 72 mit dem neu zu schaffenden § 7a Abs. 6 EEG.

eine Ausgleichsabgabe. Bei diesem Instrument entfielen die Finanzierungsverantwortung und die gruppennützige Verwendung, sodass die Problematik des Aufgabenübertragungsverbotens „entschärft“ würde, weil der Bundesgesetzgeber hier darauf verzichten könne, eine Zweckbindung anzuordnen⁵⁵.

Eine Sonderabgabe mit Lenkungszweck sei mit einem Bußgeld zu vergleichen, das nicht auf die Erzielung von Einnahmen abziele, sondern ein unerwünschtes Verhalten sanktioniere. Dieser Begründungsstrang könne bei der Errichtung von Windenergieanlagen aber nicht tragen, da der Ausbau der Windenergie politisch ja gerade gewünscht sei⁵⁶.

Für eine Ausgleichsabgabe hingegen sei es erforderlich, eigentlich bestehende immissionsschutzrechtliche Betreiberpflichten – wie etwa das Vermeiden von erheblichen Nachteilen oder Belästigungen für die Nachbarschaft – aufzuheben, um eine an ihre Stelle tretende sekundäre Zahlungspflicht überhaupt erst zu begründen. Dies sei aber nicht möglich, da der Gesetzgeber auf diese drittschützenden Normen nicht einfach verzichten könne. Auch sei es kaum möglich, eine neue (primäre) Handlungspflicht zu konstruieren, deren Missachtung dann die (sekundäre) Zahlungspflicht auslöse. Eine solche Pflicht hinreichend bestimmt zu formulieren, sei kaum möglich und könne zudem gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, wenn sie nur Betreiber von Windenergieanlagen träfe⁵⁷.

Der Einordnung der Autoren, dass sich die Einführung einer Lenkungs- oder Ausgleichsabgabe nicht empfiehlt, teilen wir. In der Tat gibt es keine Primärpflicht, nach der es geboten wäre, keine Windenergieanlagen zu errichten. Zielsetzung und Ausbaupfad des EEG 2017 sprechen gerade für einen weiteren Ausbau der Windenergie; der Koalitionsvertrag möchte diesen sogar nochmals forcieren. Auch eine Ausgleichspflicht ist kaum begründbar, sollte sich der Betrieb der Anlagen innerhalb der immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflichten bewegen.

Daneben ist die von den Autoren der Studie aufgestellte Einschätzung problematisch, bei Sonderabgaben mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter entfielen Finanzierungsverantwortung und Gruppennützigkeit. Denn in dieser Frage gibt es nach wie vor keine einheitliche Linie beider Senate des *BVerfG*. Der 2. Senat ist in dieser Frage nämlich weniger ausnahmefreudig als der 1. Senat. Er hält daran fest, dass alle Zulässigkeitskriterien einer Sonderabgabe zu gelten hätten, sobald eine Abgabe – auch nur als Nebenzweck – einen Finanzierungszweck verfolge⁵⁸. In jüngerer Zeit hat sich der 2. Senat auf die Formulierung zurückgezogen, bei „ähnlich den Steuern ‚voraussetzungslos‘ erhobene[n] Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion“ habe das Gericht „die allgemeinen finanzverfassungsrechtlichen Begrenzungen für nichtsteuerliche Abgaben in besonders strenger Form präzisiert“⁵⁹. Was als

55 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 65.

56 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 65 f.

57 IKEM u. a., in: Agora Energiewende, Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie?, S. 66.

58 Siehe Beckhaus, Der Verantwortungsbegriff im Rahmen öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten, 2013, S. 122 mit Verweis auf BVerfGE 67, 256 (278). Siehe zur Differenz zwischen 1. und 2. Senat in Bezug auf die Bedeutung des Finanzierungszwecks auch Sacksofsky, Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000, S. 63 ff.

59 BVerfGE 124, 235 (244).

nicht besonders streng gelten darf, lässt der Senat insoweit aber offen. Eine allgemeingültige Aussage, dass bei Sonderabgaben mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter nur ein abgespeckter Prüfkatalog gelte, ist – anders als die Autoren der Agora-Studie meinen – aus dieser durchwachsenen Rechtsprechung nicht abzuleiten. Damit stellt unseres Erachtens auch eine Sonderabgabe mit Lenkungszweck oder Ausgleichscharakter kein rechtssicheres Instrument dar – selbst wenn es gelingen würde, eine Primärpflicht zu begründen.

2. Konzessionierung des Windes als „Bodenschatz“

Den Reigen der Vorschläge für eine stärkere Beteiligung der Kommunen an der Wertschöpfung der Windenergie ergänzt seit Kurzem die Idee des Berliner Planungsrechtlers Gerd Schmidt-Eichstaedt, die Nutzung des Windes analog zur Erdwärme wie einen Bodenschatz zu konzessionieren⁶⁰.

a) Hintergrund und Konzept

Er skizziert zunächst die bergrechtlichen Anforderungen an die Aufsuchung von bergfreien Bodenschätzen sowie die Verpflichtung zur Zahlung der Förderabgabe i. H. v. 10% des Marktwerts und schlussfolgert:

„Diese Regelungen vor Augen, müsste es jedermann einleuchten, dass nicht nur die Schätze in der Tiefe der Erde einschließlich der Erdwärme, sondern auch die Schätze in der Höhe über der Erde einschließlich der Windenergie nicht dem Bodeneigentümer gehören, sondern der Allgemeinheit. [...] Kraft Gewohnheitsrechts darf zwar jeder Eigentümer den Wind über seinem Grundstück für eine Kornmühle nutzen; auch die Windkraftnutzung durch ein einfaches Windrad zur Klimatisierung oder auch zur Stromerzeugung im Eigenverbrauch wird man ihm nicht verwehren können. Aber dieses Recht muss in größerer Höhe enden – zum Beispiel ab 100 m über Grund. Wer die Windkraft in größeren Höhen nutzen will, bedarf einer Konzessionierung. Darum sollte sich der Gesetzgeber dringend kümmern.“⁶¹

Woher das „Muss“ für die Konzessionierung herrührt und wie die dafür vorgeschlagene Höhe von 100 Metern zustande kommt, bleibt offen.

Der Gedanke, Wind wie einen Bodenschatz zu behandeln, fand sich schon 2013 in einem Urteil des *Finanzgerichts Hannover*, auf das Schmidt-Eichstaedt verweist. Dieses hatte „für die Errichtung eines Windparks (überirdischer Bodenschatz)“ festgestellt, dass die Rechtsprechung des *Bundesfinanzhofs (BFH)* „zur Qualifizierung eines Bodenschatzes als Wirtschaftsgut [...] auch auf die Rechte zur überirdischen Nutzung von Grundstücken anzuwen-

60 *Schmidt-Eichstaedt*, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1-10.

61 *Schmidt-Eichstaedt*, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (1 f.). Unterstreichung durch die Autoren.

den“ sei⁶². Der *BFH* war dieser Auffassung zwar nicht gefolgt⁶³, Schmidt-Eichstaedt meint gleichwohl, dass der Grundgedanke zutreffend bleibe⁶⁴.

Er schlägt vor, dass die Standortkommune

- für Grundstücke, auf denen die Windenergienutzung planungsrechtlich zulässig ist,
- auf Antrag für eine vom Antragsteller zu bestimmende Zahl von Anlagen
- gegen die Zahlung einer laufenden Gebühr pro Jahr und Anlage

eine Konzession erteilen muss⁶⁵. Eine Ablösung der Gebühr durch eine Einmalzahlung soll dabei möglich sein. Die Höhe der Gebühr solle sich nach einer von der Kommune als Satzung erlassenen Gebührenordnung richten und dürfe nicht 10 % der Einnahmen aus der Einspeisung des Stroms überschreiten⁶⁶. Jede Kommune habe innerhalb dieser Obergrenze das Recht, den konkreten Hebesatz selbst festzulegen und sich hier eher „windkraftfreundlich“ oder „windkraftrestriktiv“ zu zeigen⁶⁷. Zusätzlich sollten die Kommunen über den Flächennutzungsplan Windparks so abgrenzen können, dass nur eine einheitliche Konzession vergeben werden kann⁶⁸.

Die Konzession soll von der Kommune öffentlich auszuschreiben sein. Bewerber auf die Konzession müssten dann angeben, welche Ablöse sie im Falle eines erfolgreichen Zuschlags im Ausschreibungsverfahren nach dem EEG zu zahlen bereit wären. Geht der Zuschlag in der EEG-Ausschreibung nicht an den Bewerber mit der höchsten Ablöse, bleibe es bei der laufenden Erhebung der Gebühr nach der Satzung für den Bieter, der den Zuschlag bekommen hat⁶⁹. Die Windenergieanlagen sollen spätestens innerhalb von 30 Monaten nach der Zustellung der Konzession errichtet werden, sonst verfällt diese und der Windpark ist von der Kommune erneut auszuschreiben. Die Konzession soll erlöschen, wenn die Anlage endgültig außer Betrieb genommen wird⁷⁰. Zur Sicherung der Grundstücke schlägt Schmidt-Eichstaedt dem Gesetzgeber vor, wie im Bergrecht mit Grundabtretungen zu arbeiten⁷¹.

Zuständig für die Einführung einer solchen Konzessionierung sind nach Schmidt-Eichstaedts ausführlicher Analyse des gesetzgeberischen status quo die Länder: Im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung hätte der Bund für die Nutzung der Windenergie die Kompe-

62 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (1) mit Verweis auf *FG Hannover*, Urt. v. 30.10.2013 – 3 K 487/12 = BB 2013, 3056.

63 Siehe *BFH*, Urt. v. 10.03.2016 – IV R 41/13.

64 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (2).

65 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (3).

66 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (4).

67 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (4).

68 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (4).

69 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (5).

70 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (5).

71 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (6).

tenztitel zum Recht der Wirtschaft und zum Bodenrecht noch nicht „vollständig ausgenutzt“. Folglich hätten hier nach der Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG die Länder die Gesetzgebungskompetenz, zu deren „klassischen Befugnissen“ ohnehin das Recht der kommunalen Abgaben zähle⁷². Als „lebendigen Beleg für die Zuständigkeit der Länder“ weist er schließlich auf das BüGembeteilG Mecklenburg-Vorpommerns hin. Die in diesem Gesetz vorgesehene „Ausgleichsabgabe“ sei der von ihm vorgeschlagenen Konzessionsabgabe grundsätzlich ähnlich und seine Verfassungskonformität habe ein Gutachten aus der Feder des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages bestätigt⁷³.

b) Rechtliche Einordnung

Was die Begründung der Länderkompetenz angeht, muss man nicht jedes von Schmidt-Eichstaedts Argumenten teilen. Zunächst ist das beispielhaft herangezogene BüGembeteilG – wenn man es überhaupt als Beleg heranziehen kann – kompetenzrechtlich hochumstritten⁷⁴. Nicht zuletzt deshalb wurde in zwei Musterverfahren auf Landes- und Bundesebene die Verfassungsgerichtsbarkeit angerufen⁷⁵, die – und nicht etwa der wissenschaftliche Dienst des Bundestages – allein letztverbindlich dazu berufen ist, über die Tragfähigkeit der bemühten Kompetenzgrundlage zu entscheiden. Zwar könnte der Erlass von Regelungen, die dem BüGembeteilG entsprechen, heute auf § 36g Abs. 7 EEG gestützt werden, den der Bundesgesetzgeber als Öffnungsklausel für Akzeptanzmaßnahmen der Länder geschaffen hat. Ob hierunter aber auch eine Konzessionierung des Windes fiele, erscheint angesichts der großen Nähe des Vorschlags zur Materie der Kommunalabgaben nicht eindeutig und spiegelt – dies nur nebenbei – auch die Unbestimmtheit des § 36g Abs. 7 EEG wider⁷⁶.

72 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (7).

73 Schmidt-Eichstaedt, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (7).

74 Eine Gesetzgebungskompetenz Mecklenburg-Vorpommerns sehen etwa Ott/Schäfer-Stradowsky, Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern, EnWZ 2016, 68 (75 f.); Bovet/Lienhoop, Trägt die wirtschaftliche Teilhabe an Flächen für die Windkraftnutzung zur Akzeptanz bei?, ZNER 2015, 227 (231); Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, Zulässigkeit von Beteiligungsmöglichkeiten für betroffene Dritte an Windparkvorhaben, WD 3 – 3000 – 026/16, S. 9; a. A. Böhlmann-Balan/Herms/Leroux, Neuer Wind für die Bürgerbeteiligung, ER 2016, 241 (246); Greenpeace Energy eG, Stellungnahme zum Fragenkatalog im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Entwurf des BüGembeteilG vom 13. Januar 2016, S. 5 (Verf. Jörn Bringewat); Wegner, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht, März 2018, S. 10 ff.; siehe auch Vollprecht, Erhöhung der Akzeptanz von Windenergieanlagen, ZUR 2017, 698 (703).

75 Beim Landesverfassungsgericht geführt unter LVerfG 4/17 beim Bundesverfassungsgericht unter 1 BvR 1187/17.

76 Kritisch bereits Wegner, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht, März 2018, S. 18 f.

Löst man sich von der – unglücklich gewählten – Illustration anhand der vergleichbaren Regelung in Mecklenburg-Vorpommern, lohnt sich auch ein kritischer Blick auf die weitere Argumentation. Dass nämlich die Kommunalabgaben eine klassische Ländermaterie sind, mag empirisch richtig sein; verfassungsrechtlich zwingend ist dies nicht, wie das von Schmidt-Eichstaedt selbst gewählte Beispiel der Erschließungsbeiträge zeigt, deren Regelung vor der Föderalismusreform über das Bodenrecht noch dem Bund oblag⁷⁷. Jenseits konkreter Zuordnungen gibt es kein Verbot des Grundgesetzes, dass der Bund nicht auch eine abgabenrechtliche Finanzierungsquelle zugunsten der Kommunen regeln könnte⁷⁸.

Davon abgesehen, schließt nicht (allein) die unvollständige Ausschöpfung eines Kompetenztitels für einen bestimmten Regelungsbereich die Kompetenz des Bundes aus. Dass die Länder in einem noch nicht vollständig durchnormierten Regelungsbereich der konkurrierenden Gesetzgebung tätig werden dürfen, heißt ja nicht, dass es der Bund in der Zwischenzeit nicht (auch schon) darf. Die Kompetenzsperre gilt einseitig für die Länder, wenn der Bund etwas abschließend geregelt hat. Hat der Bund eine Materie noch nicht abschließend geregelt, heißt dies nicht, dass er dies nicht noch nachholen dürfte. Das Instrument gerade bei den Ländern verorten zu wollen, ist daher nicht zwingend⁷⁹.

Die Frage, ob der Vorschlag durch die Länder oder durch den Bund umgesetzt werden müsste, ist dabei nicht nur formaler Natur. Soll die Konzessionsgebühr bzw. die Ablöse im bundeseinheitlichen Ausschreibungsverfahren des EEG nicht wettbewerbsverzerrend wirken, müsste sie idealerweise auch im Bundesrecht geregelt werden. Dies sieht Schmidt-Eichstaedt offenbar anders, wenn er vorschlägt, die Abgabe nicht bundesweit, sondern „nur in wenigen Bundesländern“ zu erheben⁸⁰. Die daraus folgenden Mehrkosten der in diesen Bundesländern adressierten Bieter will er zwar aus der Gebotsreihung der EEG-Ausschreibungen heraushalten, sodass dort keine Nachteile auftreten würden. Der Zuschlag solle dann aber die Mehrkosten wieder abbilden und als „Konzessionierungsbonus“ über die EEG-Umlage mitfinanziert werden⁸¹.

Problematisch an dieser Verschränkung ist, dass der Bund über eine Änderung des EEG zwar die Umlagenzahler mit dem „Konzessionierungsbonus“ belasten müsste, selbst aber keinen Einfluss darauf hätte, welches Bundesland die Konzessionierung wann einführt und welche Kommune den Hebesatz wie hoch festlegt. Ein Teil der aus der EEG-Umlage finanzierten Förderkosten würde sich also unvorhersehbar der Steuerung des Bundesgesetzgebers entziehen. Da stellt sich die Frage, warum die gesplittete Lösung über die Länder gegenüber einer von vornherein im Bundesrecht angesiedelten Variante vorzuzugswürdig ist. Eine Umset-

77 *Schmidt-Eichstaedt*, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (7).

78 Zu beachten ist dann freilich das Aufgabübertragungsverbot nach Art. 84 I S. 7 GG, das den tatsächlichen Spielraum für solche Abgaben einschränkt, sie aber nicht unmöglich macht.

79 Schmidt-Eichstaedt geht davon aus, dass sein Instrument zunächst nur „in einzelnen Bundesländern – zunächst vielleicht nur im Bundesland Brandenburg – eingeführt würde“, wie er auf 1 (8) schreibt.

80 *Schmidt-Eichstaedt*, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (8).

81 *Schmidt-Eichstaedt*, Wem gehört der Wind? – oder: Der Wind als Bodenschatz, LKV 2018, 1 (8).

zung durch Bundesrecht, die Schmidt-Eichstaedt auch nicht anstrebt, würde aber ebenfalls keine rechtssichere Lösung sein. Denn durch die vorgeschlagene Festsetzung der Gebührenhöhe durch eine kommunale Satzung wäre sehr wahrscheinlich das Aufgabenübertragungsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verletzt. Würde man versuchen, dies mit einer einfachen „Opt-out-Regelung“ der Kommunen zu vermeiden, riskierte man wiederum die flächendeckende Anwendung des Instruments.

Schließlich wirft Schmidt-Eichstaedts Vorschlag auch mit Blick auf die grundrechtliche Rechtfertigungsfähigkeit Fragen auf, die von ihm selbst aber gar nicht adressiert werden. Zwar ist es richtig anzunehmen, dass der Wind nicht eigentumsfähig, sondern ein Gut der Allgemeinheit ist⁸². Dass er deshalb einfach konzessioniert werden darf, ist damit aber noch nicht gesagt. Die Rechtsprechung verlangt bei nichtsteuerlichen Abgaben immer eine über die bloße Mittelbeschaffung hinausgehende, besondere Rechtfertigung. So urteilte das *Bundesverwaltungsgericht* (*BVerwG*) in seiner Entscheidung zum Emissionshandel⁸³:

„Die Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben wird [...] grundsätzlich begrenzt durch das Erfordernis eines besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes, der einerseits eine deutliche Unterscheidung gegenüber den Steuern ermöglicht und andererseits auch im Hinblick auf die zusätzliche Belastung neben den Steuern geeignet ist, der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen Rechnung zu tragen.“

Weiter führte das *BVerwG* aus⁸⁴:

„Für knappe natürliche Ressourcen wie das Wasser, die einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung unterliegen, ist anerkannt, dass der Staat als Ausgleich für ihre Nutzung eine Abgabe erheben darf.“

Es wird also deutlich, dass eine Abgabe auf die Nutzung einer Ressource jedenfalls bisher nur dann von der Rechtsprechung für zulässig gehalten wird, wenn die Ressource knapp ist. Die Knappheit wiederum zieht dann inhärent die Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftung nach sich.

Dass der Wind etwa wie ein Bodenschatz oder das Wasser knapp wäre, wird man aber schlechterdings nicht behaupten können. Zwar kann das kinetische Energiepotenzial des

82 Für den Wind ist das sogar noch eindeutiger als bei den Bodenschätzen, deren Zuordnung zum Bergregal historisch durchaus umstritten war. *Arndt sen.*, Bergbau und Bergbaupolitik, Leipzig 1894, S. 5 schreibt dazu: „Gewöhnlich wird angenommen, daß der Grundeigentümer ursprünglich auch die unter seinem Grundstücke vorkommenden Mineralien zu gewinnen befugt gewesen sei; daß erst später die Habsucht des Fiskus oder volkswirtschaftliche Erwägungen [...] ihn dieser Befugnis beraubt [...] haben. In Wahrheit beruht diese Annahme auf dem von ADAM SMITH und Anderen rückwärts in die Geschichte konstruierten Manchestertum. Der Bergbau ist viel älter als das private Grundeigentum [...]. Der Grundeigentümer in Deutschland war ursprünglich nur Ackerbaunutzungsberechtigter, die Mineralschätze hatten ihm nie gehört und sind ihm daher niemals entzogen worden.“

83 *BVerwG*, Urt. v. 10.10.2012 – 7 C 9.10, Rn. 18.

84 *BVerwG*, Urt. v. 10.10.2012 – 7 C 9.10, Rn. 21.

Windes durch ein Windrad in der Regel nur einmal geerntet werden und steht den dahinterliegenden Windrädern jedenfalls nicht mehr in gleichem Umfang zur Verfügung. Dies betrifft – bildlich gesprochen – aber immer nur die jeweilige „Brise“. Durch die unterschiedlichen Druckgebiete in der Atmosphäre, also Hoch- und Tiefdruckgebiete, bildet sich Wind aber immer wieder neu. Wind ist damit – wie die solare Strahlungsenergie, ohne die es die Druckgebiete gar nicht gäbe – eine genuin erneuerbare Ressource, die unerschöpflich und damit per se nicht knapp ist.

Da sich jedenfalls diese Naturgesetzlichkeit nicht ändern lässt, müsste man insoweit zumindest die verfassungsrechtlichen Anforderungen an nichtsteuerliche Abgaben anpassen, um den Wind konzessionieren zu können. Warum die Konzessionierung einer nicht knappen, sondern erneuerbaren Ressource entgegen der bisherigen Rechtsprechungslinie zulässig sein kann, bedürfte dann einer besonderen Begründung, die der Vorschlag von Schmidt-Eichstedt nicht mitliefert.

Ob eine solche Rechtfertigung über die angedeutete Parallele zur Erdwärme plausibler wird, erscheint fraglich. Aus der Einbeziehung dieser erneuerbaren und deshalb für das Bergrecht untypischen Ressource⁸⁵ kann kaum auf die Zulässigkeit der Konzessionierung des Windes geschlossen werden. Die Einbeziehung ihrer Gewinnung in die bergrechtliche Förderabgabe dürfte sich allenfalls über den Gedanken rechtfertigen lassen, dass hier nicht die Nutzung der Ressource selbst, sondern das klassisch bergmännische Aufsuchen und Gewinnen über das Bohrloch konzessioniert wird. Die allgemeine Einbeziehung der Erdwärme in das BBergG war im Gesetzgebungsverfahren im Jahr 1980 erst auf Intervention des Bundesrates erfolgt, ohne dass dem eine Diskussion über die abgabenrechtlichen Konsequenzen vorausgegangen war⁸⁶. Für Analogieschlüsse stellt dies eine denkbar schlechte Grundlage dar.

3. Abschöpfung des Planungsvorteils aus der Raumnutzung

Von dem Leipziger Umweltrechtler Wolfgang Köck stammt der Vorschlag, den Vorteil der Windenergiebetreiber abzuschöpfen, der ihnen durch die im Wege der Konzentrationszonenplanung eröffnete Raumnutzung zukommt⁸⁷.

85 Vgl. zur bloßen Fingierung der Eigenschaft von Erdwärme als Bodenschatz § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 b) BBergG.

86 Der Gesetzentwurf der Regierung hatte zunächst nur eine partielle Anwendung der Vorschriften des BBergG auf die Gewinnung von Erdwärme vorgesehen, vgl. § 130 Abs. 2 BBergG RefE, BT-Drs. 8/1315, S. 47. Erst auf Vorschlag des Bundesrates hin kam die grundsätzliche Anwendung aller Vorschriften des BBergG einschließlich der Regelungen zur Förderabgabe zustande, um so der perspektivisch wachsenden Bedeutung der Erdwärmegewinnung Rechnung zu tragen, vgl. BT-Drs. 8/1315, S. 173 f. sowie 189 f.

87 Köck, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684.

a) Hintergrund und Konzept

Der Vorschlag greift im Ansatz das Instrument der Wasserentnahmeentgelte auf, die heute in den meisten Bundesländern erhoben werden. Das *BVerfG* hatte diese schon vor mehr als 20 Jahren als mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt⁸⁸. Das Gericht sah hierin die zulässige Abschöpfung eines Sondervorteils, der den Wassernutzern durch die staatliche Erlaubnis zukam, das Wasser über den Gemeingebrauch hinaus zu nutzen. Im Ausgangspunkt sieht Köck jedoch durchaus Trennendes: Er geht davon aus, dass es sich beim Wind um eine grundsätzlich unbegrenzte natürliche Ressource handelt und sieht gerade hierin einen Unterschied zum Wasser, der die Übertragung der wasserhaushaltsrechtlichen Bewirtschaftungsordnung auf den Wind zumindest problematisch erscheinen lässt⁸⁹. Als rechtlichen Anknüpfungspunkt für eine Bewirtschaftung schlägt er deshalb die für die Nutzung der Windenergie geeigneten knappen Räume, d. h. die Raumnutzung, vor⁹⁰.

In der planerischen Ausweisung von Räumen für die Windenergie sieht Köck schon heute – jedenfalls in gewissem Umfang – eine Bewirtschaftungsordnung verwirklicht, wie sie Voraussetzung für die Einführung eines Windnutzungsentgelts als Umweltabgabe ist. Konstituierend sei hier insbesondere der Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB als Ausgleich zur planungsrechtlichen Privilegierung der Windenergie nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB⁹¹. Dabei weist er darauf hin, dass Einzelne gerade keinen Anspruch auf bestimmte planerische Entscheidungen haben, sondern diese vielmehr bestimmten konzeptionellen Entscheidungen unterliegen, die im Rahmen planerischer Gestaltungsfreiheit vorzunehmen sind. Hieraus leitet Köck ab, dass die bauliche Bodennutzung

„überall dort, wo sie sich nicht aufdrängt, wie in den Innenbereichen, oder wo sie nicht durch Gesetz begründet worden ist, wie in den Privilegierungstatbeständen des § 35 Abs. 1 BauGB, unter Planungsvorbehalt – und damit unter raumbewirtschaftender Zuteilung“

steht.

Im Mittelpunkt steht für ihn dabei die Planung als „gestaltender Rechtsakt“, der erst das Baurecht schafft, was wegen der Knappheit des Bodens auch gerechtfertigt sei. Er hält hierdurch nicht nur in verfassungsgemäßer Weise Inhalt und Schranken des Eigentums für bestimmt⁹², sondern sieht gerade in der Ausübung des verbleibenden Planungsermessens zugunsten nur einzelner Grundstücke einen (planungsbedingten) Sondervorteil für die Eigentümer. Dieser bestehe trotz der Anforderungen an die Konzentrationszonenplanung und dürfe vom Gesetzgeber auch wieder abgeschöpft werden. Dem stimmen wir zu.

88 *BVerfG*, Beschl. v. 07.11.1995 – 2 BvR 413/88, 2 BvR 1300/93 im Anschluss an *Murswiek*, Die Ressourcennutzungsgebühr, NuR 1994, 170 ff.

89 *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (687).

90 *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (687).

91 *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (687).

92 *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684, (688).

Eine Bewirtschaftungsordnung, wie sie auch in der Rechtsprechung des *BVerfG* zur Voraussetzung einer Abschöpfungsabgabe (oder auch Ressourcennutzungsgebühr⁹³) gemacht wurde, soll dennoch nur dort bestehen, wo dem Einzelnen kein individueller Anspruch auf eine Raumnutzung zukommt⁹⁴. Positiv gewendet soll sie nur dort vorliegen, wo eine planerische Ausweisung eines Windnutzungsgebietes vorliegt.

Köck sieht dies bei der Ausübung des Planvorbehalts nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB als gegeben an. Auch wenn nicht ausdrücklich aufgeführt, dürfte aber auch bei der Aufstellung von Bebauungsplänen von einer Raumbewirtschaftung in seinem Sinne auszugehen sein. Demzufolge wäre nach dieser Konzeption dann nicht von einer Bewirtschaftung auszugehen, wenn sich der Standort einer Anlage planungsrechtlich als ein im Zusammenhang bebauter Ortsteil im Sinne von § 34 BauGB darstellt und insbesondere auch dann nicht, wenn sich das Baurecht unmittelbar aus einer gesetzlichen Privilegierung ergibt, wie sie mit § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für die Windenergie besteht⁹⁵.

b) Rechtliche Einordnung

Dass nach der Konzeption von Köck eine Abschöpfungsabgabe nur in Fällen begründbar ist, in denen eine Windkonzentrationszonenplanung vorliegt, erscheint in mehrfacher Hinsicht als zu eng. Zunächst ist nicht ersichtlich, was der tatsächliche, insbesondere auch akzeptanzrelevante Unterschied zwischen Standorten sein soll,

- die innerhalb einer Konzentrationszone liegen und
- denen, die nicht in einer Konzentrationszone liegen, wie es bei Anlagen der Fall ist, deren planerische Zulassung allein auf Grundlage der Privilegierung im Außenbereich nach § 35 Abs. 1, 3 BauGB erfolgt.

Seine Konzeption brächte demnach mit sich, dass ein erheblicher Teil an Windenergieanlagen überhaupt nicht einbezogen werden könnte. Ein kommunaler Einfluss bei Anlagenzulassungen allein über § 35 BauGB wäre allenfalls noch über zivilrechtliche Vereinbarungen zu Wegenutzungsrechten möglich oder dann, wenn es ausnahmsweise um die Nutzung von Grundstücken im kommunalen Eigentum geht⁹⁶.

Hinzu kommt, dass sich Konzentrationszonenplanungen, auf die sich Köck insbesondere stützen will, in den letzten Jahren als nicht sehr gerichtsfest erwiesen haben⁹⁷. Nicht selten wurden diese in der Vergangenheit noch vor Realisierung von Windenergieanlagen gerichtlich aufgehoben. Selbst wenn ihre Realisierung bereits stattgefunden hat, stellt sich die

93 Begriff nach *Murswiek*, Die Ressourcennutzungsgebühr, NuR 1994, 170 ff.

94 *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

95 *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 (688).

96 Vgl. dazu *Diez/Frey*, Vergabe kommunaler Grundstücke an Windenergieinvestoren – Verfahren und taugliche Auswahlverfahren, KommJur 2017, 206-211.

97 Siehe nur *Wegner*, Fehlerquellen von Konzentrationszonenplanungen, ZfBR 2016, 548 ff.

Frage, was mit der Abgabe passiert, wenn der sie legitimierende Anknüpfungspunkt – nach der Konzeption Köcks eben die Konzentrationsplanung – nach ihrer Erhebung entfällt. Die Verknüpfung der Abgabe mit Konzentrationsplanungen würde zudem einen weiteren Anreiz bieten, diese durch Klagen anzugreifen.

4. „Konzessionsabgabe Wind“

Vom Städte- und Gemeindebund Brandenburg kommt der Vorschlag, zugunsten der Standortkommune eine Konzessionsabgabe auf die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien zu erheben⁹⁸.

a) Hintergrund und Konzept

Der Vorschlag geht davon aus, dass es nicht mehr zeitgemäß ist, die Konzessionsabgabe – wie bisher – allein am Stromverbrauch in einer Gemeinde zu bemessen. Vielmehr müsse auch die Einspeisung in die Konzessionsabgabe einbezogen werden. Angedacht ist eine Abgabe in Höhe von 0,33 Cent je eingespeister kWh, wobei auch Strom aus Solar- und Biomasseanlagen einbezogen werden soll.

Die dadurch steigenden Strompreise für Endverbraucher seien bei jedem Instrument unvermeidlich, könnten aber durch Änderungen bei der Strom- oder Mehrwertsteuer bzw. Beihilfen für ärmere Menschen oder durch die Senkung anderer Strompreiskomponenten kompensiert werden. Als weitere Option zur Verhinderung steigender Strompreise weist der Vorschlag auf die Möglichkeit hin, das heutige Aufkommen der Konzessionsabgabe zu deckeln und es neu umzuverteilen: Demnach würden Kommunen mit einem hohen Stromverbrauch und geringen Erzeugungskapazitäten Einnahmen verlieren, solche mit viel Erzeugungskapazität würden von einer höheren Konzessionsabgabe profitieren.

Als Vorteil benennt der Vorschlag u. a., dass er sich nicht nur auf Neu-, sondern auch auf Bestandsanlagen erstreckt. Auch unterstreicht er, dass die Einnahmen aus der Konzessionsabgabe den Kommunen komplett erhalten bleiben, weil sie nicht in den kommunalen Finanzausgleich einfließen. Nicht zuletzt betont der Vorschlag, er basiere auf einem bewährten und etablierten System, bedürfe keiner komplexen juristischen Begründung und sei auf Bundesebene normativ einfach umsetzbar.

Gesetzgebungstechnisch werden folgende Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) und der Konzessionsabgabenverordnung (KAV)⁹⁹ vorgeschlagen:

98 Siehe das Interview mit dem zuständigen Referatsleiter Sebastian Kunze „Kleinere Gemeinden würden sehr profitieren“ in: *neue energie* 3/2018, S. 68. Dazu jüngst auch verschriftlicht, wenn auch noch nicht online abrufbar *Kunze*, Vorschlag zur Einführung einer Konzessionsabgabe auf Stromeinspeisungen, Mitteilungen des Städte- und Gemeindebundes Brandenburg, Mai 2018.

99 Ebd., die kursiv gesetzten und unterstrichenen Hervorhebungen zeigen die vorgeschlagenen Änderungen an. Den Änderungsbedarf hatten schon *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller

§ 46 Abs. 1 S. 1 EnWG:

Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet sowie zur Ableitung von im Gemeindegebiet aus regenerativen Energiequellen erzeugter Energie diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.

§ 48 Abs. 1 S. 1 EnWG:

Konzessionsabgaben sind Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die entweder der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie oder der Ableitung von im Gemeindegebiet aus regenerativen Energiequellen erzeugter Energie dienen, entrichten.

§ 2 KAV:

(1) Konzessionsabgaben dürfen nur in Centbeträge je gelieferter und aus regenerativer Energieerzeugung eingespeister Kilowattstunde vereinbart werden. Für die aus regenerativer Energieerzeugung eingespeisten Strommengen sind die Einspeisungen in alle Spannungsebenen zugrunde zu legen.

(2) Bei der Belieferung von Tarifkunden dürfen folgende Höchstbeträge je Kilowattstunde nicht überschritten werden:

1. a) [...]

- b) Bei Strom, der nicht als Schwachlaststrom geliefert wird,
 - in Gemeinden bis 25.000 Einwohner 1,32 Cent,
 - bis 100.000 Einwohner 1,59 Cent,
 - bis 500.000 Einwohner 1,99 Cent,
 - über 500.000 Einwohner 2,39 Cent, [...]

(3) Für den aus regenerativer Energieerzeugung eingespeisten Strom darf die Konzessionsabgabe einen Höchstbetrag von 0,33 Cent je Kilowattstunde nicht überschreiten¹⁰⁰.

b) Rechtliche Einordnung

Unbestreitbar liegt ein wesentlicher Vorteil des Vorschlags darin, dass die Einnahmen aus der Konzessionsabgabe nicht dem kommunalen Finanzausgleich unterliegen und den Gemeinden

Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 21 ff. beschrieben.

100 Da § 2 Abs. 3 der gegenwärtigen KAV-Fassung schon besetzt ist, müsste der vorgeschlagene Absatz 2a heißen.

insoweit tatsächlich erhalten bleiben. Richtig ist auch, dass das bisherige System mit seiner Fixierung auf den Strombezug fragwürdig ist, weil die Kommunen dadurch ein Interesse daran haben, dass in ihrem Gemeindegebiet besonders viel Strom verbraucht wird. Die erstmalige Einbeziehung auch von Einspeisungen in das System der Konzessionsabgaben würde allerdings einen Paradigmenwechsel bedeuten, den der Gesetzgeber bisher gescheut hat.

Zwar würde sich die Einbeziehung von Einspeisungen auf einfachgesetzlichem Wege und im nachgeordneten Verordnungsrecht umsetzen lassen, da dem als solches keine unüberwindbaren Vorgaben höherrangigen Rechts entgegenstehen¹⁰¹. Allerdings ist das Konzessionsabgabenrecht über Jahre hinweg immer wieder Gegenstand von Reformansätzen gewesen¹⁰², ohne dass sich diese durchsetzen konnten¹⁰³. Es handelt sich damit um eine Baustelle, die politisch als weitgehend änderungsresistent gelten muss, was die konkreten Umsetzungschancen des Vorschlags stark schmälern dürfte. Dies gilt umso mehr, wenn die Änderung eine Umverteilung des bisherigen Aufkommens nach sich ziehen würde, die die Profiteure der bisherigen Bemessung schlechter stellen würde, also insbesondere Städte mit vielen Einwohnern und hohem Energieverbrauch.

Auf gesetzestechnischer Ebene müsste zu den vorgeschlagenen Änderungen des EnWG zudem wenigstens eine weitere hinzutreten. Bevor die KAV geändert werden könnte, müsste auch ihre Ermächtigungsgrundlage in § 48 Abs. 2 S. 2 EnWG geändert werden. Dort wird nämlich nur Bezug auf die „gelieferte Kilowattstunde“ genommen. Die Ergänzung der KAV auch um die „ingespeiste Kilowattstunde“ wäre davon nicht gedeckt¹⁰⁴.

Zudem steht noch die Beantwortung einer Reihe von Folgefragen aus, um das Konzept inhaltlich und juristisch abzusichern, bevor es als umsetzungstaugliche Blaupause in Betracht kommt: Dies betrifft etwa die Frage, was passiert, wenn der Ort der Einspeisung und die Standortkommune der Anlagen auseinanderfallen. Gerade wenn Anschluss(stich-)leitungen über privaten Grund führen, was bei Windparks häufig der Fall ist, ist ein solches Auseinanderfallen nicht unwahrscheinlich. Wenn die Standortkommune dadurch leer ausgeht, wäre das ein trauriger Befund.

Auch die Frage, inwiefern der Vorschlag an den bisherigen Vollzugsmechanismus für die Konzessionsabgabe anschlussfähig ist, müsste noch vertieft werden. Nach § 11 Abs. 2 Nr. 2 der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) sind Konzessionsabgaben bei der Netzentgeltkalkulation als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten zu veranschlagen. Das heißt, die Konzessionsabgaben werden über die Netzentgelte eingezogen, die wiederum nur beim Bezug (nicht auch bei der Einspeisung) von Strom anfallen, wie § 17 Abs. 2 Stromnetzentgeltver-

101 Vgl. dazu, insbesondere zum Recht auf kommunale Selbstverwaltung und zum Äquivalenzprinzip bei der Bemessung der Höhe von Konzessionen bzw. Verleihungsgebühren, *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 27 ff.

102 Nachgezeichnet bei *Cronenberg*, Anwendungs- und Auslegungsfragen der neuen Konzessionsabgabenverordnung, ET 1992, S. 175 (175 ff.).

103 Vgl. *Theobald*, in: *Danner/ders.* (Hrsg.), Energierecht, 93. EL, Juni 2017, § 48 EnWG, Rn. 7.

104 Vertiefend *Hoffmann/Wegner*, Mechanismen finanzieller Teilhabe am Ausbau der Windenergie, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 7, März 2018, S. 22 ff.

ordnung (StromNEV) zeigt, der ausdrücklich nur auf die „Entnahmestelle“ abstellt. In § 17 Abs. 1 StromNEV heißt es zudem, dass die „von Netznutzern zu entrichtenden Netzentgelte [...] ihrer Höhe nach unabhängig von der räumlichen Entfernung zwischen dem Ort der Einspeisung elektrischer Energie und dem Ort der Entnahme“ sind. Ob sich mit dieser Vorgabe eine Konzessionsabgabe auf Einspeisungen vereinbaren lässt, die ja Teil des Netzentgeltes ist, ist zumindest klärungsbedürftig. Denn wenn in jeder Kommune eine Zuteilung der neuen Konzessionsabgabe auf die Einspeisungen zu der schon bisher bestehenden Konzessionsabgabe auf die Entnahmen erfolgen würde, wäre dieses Abstandsgebot aufgeweicht. Dies illustriert nur beispielhaft die sich stellenden Herausforderungen, wenn eine Konzessionsabgabe auf Einspeisungen isoliert eingeführt würde, es aber (noch) kein Netzentgelt auf Einspeisungen gibt. Hier würde der zweite Schritt vor dem ersten getan.

Eng verknüpft damit ist auch die Frage, inwiefern es eine überregionale oder gar bundesweite Wälzung der Kosten geben müsste, will man verhindern, dass faktisch nur die Einwohner der Standortgemeinden die Einspeisekonzessionsabgabe aufbringen. Ohne einen solchen Mechanismus hätte die Standortkommune zwar Mehreinnahmen, diese würden aber nur von ihren eigenen Einwohnern generiert. Sonderlich akzeptanzfördernd wäre dies vermutlich nicht.

Nicht zuletzt müsste auch mit Blick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG geklärt werden, warum nur eine Einbeziehung von Strom aus erneuerbaren Energien erfolgt, der aus konventioneller Erzeugung aber außen vor bleiben soll.

5. „Grundsteuer E“

Zwar gibt es in Mecklenburg-Vorpommern mit dem BüGembeteilG bereits ein Instrument, das zumindest auch die Einnahmen der Kommunen in den Blick nimmt, konkrete Anwendungsfälle, in denen sich das Instrument hätte bewähren können, sind aber noch nicht bekannt¹⁰⁵.

a) Hintergrund und Konzept

Daher haben die Fraktionen von CDU, SPD und Die Linke im dortigen Landtag die Landesregierung in einem Antrag aufgefordert, sich auf Bundesebene dafür einzusetzen, eine sog. „Grundsteuer E“ zu schaffen, wie dies zuvor schon die IHK Schwerin gefordert hatte¹⁰⁶. Ziel des Vorstoßes ist es, parallel zu den häufig als unbefriedigend empfundenen gewerbesteuerlichen Regelungen eine Komponente der Grundsteuer einzuführen, die diejenigen Eigentümer zu zahlen haben, auf deren Grundstücken sich Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneu-

105 Dazu *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindeneteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 8, März 2018, S. 7.

106 Vgl. www.nordkurier.de/demmin/mehr-windkraft-geld-fuer-die-gemeinden-2131561803.html.

erbaren Energien befinden. Im Gespräch ist eine Größenordnung von jährlich 5.000 Euro je MW installierter Leistung¹⁰⁷.

b) Rechtliche Einordnung

Da die Grundsteuer bekanntlich beim Eigentümer erhoben wird, zielt die „Grundsteuer E“ nicht direkt auf die Anlagenbetreiber, sondern auf die Eigentümer der Flächen, die diese verpachtet haben. Es würde also über die Pachtzahlung eine mittelbare Abschöpfung der Erlöse aus der Stromerzeugung erfolgen. Problematisch ist dies bei Bestandsanlagen insoweit, als dann eine Neuverhandlung des Pachtzinses erforderlich würde und bei den Anlagenbetreibern ein Renditeloch entstünde.

Insbesondere bei sog. Pooling-Modellen¹⁰⁸, bei denen im Sinne einer möglichst breiten Streuung der Gewinne die Pachtzahlungen an Standort- und Abstandsflächeneigentümer jeweils besonders austariert sind, dürfte dies schwierig werden. Hier müssten ganze Vertragspakete wieder neu aufgeschnürt werden. Pooling-Modelle gelten aber aus Akzeptanzgesichtspunkten gerade als besonders wünschenswert, weil sie mögliche Mitnahmeeffekte für nur einzelne Flächeneigentümer ausschließen und gerade eine Vielzahl von örtlichen Grundeigentümern an der Wertschöpfung teilhaben lassen.

Daher kann es sich empfehlen, die „Grundsteuer E“ nur auf diejenigen Grundstücke zu erstrecken, auf denen Neuanlagen in Betrieb genommen werden. Allerdings braucht es zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung gegenüber den Grundstücken mit Bestandsanlagen einen sachlichen Rechtfertigungsgrund. Diesen zu finden, dürfte nicht ganz trivial sein, hält man sich vor Augen, dass die aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG folgende Lastengleichheit im Steuerrecht leicht in verfassungsrechtlich vermintes Gelände führt – wie die jüngste Entscheidung des *BVerfG* zur Grundsteuer gezeigt hat¹⁰⁹. Ob hier allein die Erwägung ausreicht, Grundstücke mit bestehenden Pooling-Verträgen müssten aus Gründen der Akzeptanzsicherung innerhalb der Gruppe der Grundstückseigentümer von der neuen Steuer ausgenommen werden, erscheint zumindest fraglich. Zwar hat der Gesetzgeber grundsätzlich

„einen weit reichenden Entscheidungsspielraum [...] bei der Auswahl des Steuergegenstandes [...]. Abweichungen von der [...] einmal getroffenen Belastungsentscheidung müssen sich indessen ihrerseits am Gleichheitssatz messen lassen (Gebot der folgerichtigen Ausgestaltung des steuerrechtlichen Ausgangstatbestands). Demgemäß bedürfen sie eines besonderen sachlichen Grundes, der die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen

107 Siehe zur Intention im Einzelnen das Plenarprotokoll der 32. Sitzung der 7. Wahlperiode am 15.03.2018, S. 7 ff., abrufbar unter www.dokumentation.landtag-mv.de/Parldok/dokument/40851/plenarprotokoll-7-32.pdf, zuletzt aufgerufen am 26.11.2018.

108 Zu praktischen Beispielen siehe *BWE*, Gemeinsam gewinnen – Windenergie vor Ort, 2018, S. 33.

109 *BVerfG*, Urt. v. 10.04.2018 – 1 BvL 11/14, abrufbar unter www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/04/1s20180410_1bv1001114.html.

vermag. Dabei steigen die Anforderungen an den Rechtfertigungsgrund mit dem Ausmaß der Abweichung und ihrer Bedeutung für die Verteilung der Steuerlast insgesamt [...].“¹¹⁰

Entscheidet sich der Gesetzgeber im Grundsatz, eine „Grundsteuer E“ für Grundstücke einzuführen, auf denen eine Windenergienutzung stattfindet, nimmt dann aber Grundstücke mit Bestandsanlagen aus, hätte dies ohne Zweifel eine große Bedeutung für die Verteilung der Steuerlast. Insoweit dürfte hier mit gesteigerten Rechtfertigungsanforderungen zu rechnen sein.

Schließlich erscheint es uns fraglich, ob die vom *BVerfG* gewährte Frist von nicht einmal zwei Jahren¹¹¹ zur Etablierung einer verfassungskonformen Bemessungsgrundlage für die Grundsteuer bei der Vielzahl der Interessenlagen und Beteiligten ausreicht, in die Neuordnung des Grundsteuerrechts auch eine „E“-Komponente einzubauen. Neben der verfassungsrechtlichen Frage einer zulässigen Differenzierung von Grundstücken mit Bestands- oder Neuanlagen spricht daher gegen den Vorschlag vor allem die Einschätzung, dass die ohnehin anstehende grundständige Neuordnung der Grundsteuer als politisch-gesetzgeberischer Kraftakt die Einbeziehung von Nebenschauplätzen nicht erwarten lässt.

6. Städtebauliche Verträge und sonstige Vereinbarungen

Nicht erst seit Kurzem steht schließlich die Frage im Raum, welche Vorteile sich Standortkommunen von Windenergie-Projektierern in vertraglichen Vereinbarungen einräumen lassen können.

a) Hintergrund und Konzept

In der Praxis kommen solche Vereinbarungen vielfach in der Form städtebaulicher Verträge, aber auch – gesondert hiervon – als „Gestattungsverträge, Sponsoringverträge, Spendenvereinbarungen oder ähnlich bezeichneten Vereinbarungen“¹¹² vor. Die mit solchen Vereinbarungen gemachten Erfahrungen werden in der Praxis teils als positiv bewertet¹¹³. Für den hier untersuchten Zusammenhang kommt es aber darauf an, dass ein Instrument nicht nur geeignet ist, in Einzelfällen zu akzeptablen Ergebnissen zu führen, sondern eine flächendeckende Teilhabe von Kommunen zu gewährleisten – und dies mit einem möglichst hohen Grad an Rechtssicherheit.

110 *BVerfG*, Urt. v. 10.04.2018 – 1 BvL 11/14, Rn. 96.

111 Siehe *BVerfG*, Urt. v. 10.04.2018 – 1 BvL 11/14, Ziff. 2 des Tenors: „Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Neuregelung spätestens bis zum 31. Dezember 2019 zu treffen.“

112 *Geerds*, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, *wistra* 2017, 381 (382).

113 Siehe etwa das grundsätzlich positive Fazit bei *Geßner*, Städtebauliche Verträge und Windenergie – Drum prüfe, wer sich (ewig) bindet?, *AnwBl* 2014, 39 (45); gewisse risikofreie Handlungsspielräume sehen auch *Bringewat/Bringewat*, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Teilhabe-Modellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, *KommJur* 2015, 1 (9).

b) Rechtliche Einordnung

Das kooperative Instrument des vertraglichen Handelns ist dafür – so viel sei hier vorweggenommen – aufgrund der engen gesetzlichen Vorgaben nicht geeignet.

aa) Unterscheidung unterschiedlicher Konstellationen

So ist etwa zu beachten, dass jedenfalls die Literatur vor allen Dingen dort Gestaltungsspielräume sieht, wo es um die Einräumung von Rechten zur (alleinigen und dauerhaften) Nutzung kommunaler Flächen geht. Hier sind etwa Pachtvereinbarungen zivilrechtlicher Natur möglich, in deren Rahmen auch ein kommunales Beteiligungsmodell und damit eine weitergehende wirtschaftliche Teilhabe vereinbart werden kann¹¹⁴. Nicht selten stellen sich aber auch in solchen Fällen die in den Bundesländern unterschiedlichen Vorgaben des Gemeindegewirtschaftsrechts als Hindernis für kommunale Beteiligungen heraus¹¹⁵.

Anders ist die Situation ohnehin dann, wenn es an einer Gegenleistung mit besonderer wirtschaftlicher Werthaltigkeit wie der Bereitstellung von Flächen seitens einer Gemeinde fehlt. Auch in solchen Konstellationen sind Vereinbarungen zwischen Kommunen und Vorhabenträgern nach Maßgaben der rechtlichen Vorgaben zwar grundsätzlich möglich. Zulässige Forderungen der Kommunen sind jedoch in der Regel etwa darauf beschränkt, Entgelte für wegerechtliche Sondernutzungen oder für das unterirdische Verlegen von Zu- und Ableitungen auf kommunalen Flächen zu verlangen¹¹⁶.

Möglich ist es zudem, im Rahmen städtebaulicher Verträge nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BauGB dem Projektentwickler die Kosten der Aufstellung vorhabenbezogener Bauleitpläne oder der öffentlichen Erschließung sowie Folgekosten städtebaulicher Maßnahmen aufzuerlegen. In diesen Konstellationen geht es jedoch um eine Kostentragung der Projektentwickler für konkrete Leistungen der Kommunen. Eine über den Lastenausgleich zugunsten der Kommunen hinausgehende wirtschaftliche Teilhabe an dem eigentlichen Vorhaben – dem Betrieb von Windenergieanlagen – ist hiermit nicht verbunden.

114 Vgl. das Beispiel bei *Bringewat/Bringewat*, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, *KommJur* 2015, 1 (2 f.).

115 Vgl. etwa §§ 100 ff. GemO Brandenburg, die, wie auch alle anderen Gemeindeordnungen in den Ländern, Anforderungen an die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden stellen und für die Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform weitergehende Voraussetzungen formulieren. § 100 Abs. 2 GemO-BB: „Die Gemeinde darf sich zur Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen, wenn 1. der öffentliche Zweck dies rechtfertigt 2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.“ Absatz 3 enthält zudem eine Subsidiaritätsklausel zugunsten privater Anbieter, wie sie sich auch in dieser oder ähnlicher Form in den anderen Landesgesetzen findet. § 102 GemO-BB: „Die Gemeinde darf zur Erfüllung ihrer Aufgaben ein Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur gründen, übernehmen oder sich daran beteiligen, wenn [...].“

116 *Geerds*, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, *wistra* 2017, 381 (384).

bb) Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit

Die Schwierigkeit, im Rahmen solcher zumeist öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen zu einer weitergehenden Teilhabe von Kommunen zu kommen, liegt aus juristischer Sicht in den engen Vorgaben für die Gestaltung öffentlich-rechtlicher Verträge begründet. Diese finden sich in den §§ 54 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), insbesondere in Form

- des Gebots der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung sowie
- dem Verbot der Koppelung sachlich nicht miteinander zusammenhängender Leistungen (sog. Koppelungsverbot) gem. § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG.

Nach dem Angemessenheitsgebot ist es etwa ausgeschlossen, dass Gemeinden sich für relativ geringe Leistungen Gegenleistungen in einer Höhe versprechen lassen, die zu ihrer Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände außer Verhältnis stehen, d. h. zu einer Unausgewogenheit im Leistungsaustausch führen¹¹⁷. Damit ist es ausgeschlossen, dass etwa anlässlich von Vereinbarungen über wegerechtliche Nutzungen auch Entgelte vereinbart werden, die eine wirtschaftliche Teilhabe der Kommunen am Betrieb von Windrädern in einem Umfang festsetzen sollen, die mit der Leistung der Kommune – der Bereitstellung von Nutzungsmöglichkeiten an öffentlichen Wegen – tatsächlich in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

Nach dem Koppelungsverbot ist es untersagt, Leistungen der Kommune mit Gegenleistungen zu verknüpfen, die nicht ohnehin in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Dieses Verbot setzt insbesondere auch der Finanzierung von rein akzeptanzbezogenen Maßnahmen jeder Art enge Grenzen. Um dem Koppelungsverbot zu genügen, reicht es gerade nicht, dass eine gemeindliche Leistung – etwa die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB – gegen eine Geldleistung zum Zwecke der Umsetzung einer die Akzeptanz der Windenergie fördernden Maßnahme zugesagt wird: Die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB steht hierzu in keinem sachlichen Zusammenhang, da dieses nur aus den im Gesetz genannten Gründen versagt werden darf. Ein Mangel an Akzeptanz ist gerade kein im Gesetz aufgeführter Versagungsgrund.

cc) Strafrechtliche Risiken und regulatorische Gefahren

Vertragliche Vereinbarungen sind aber nicht nur wegen der für sie geltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine Vielzahl von Konstellationen ungeeignet, zu dem von der Koalition angestrebten Maß an kommunaler Teilhabe zu führen. Daneben legen auch strafrechtliche Risiken nahe, dass es sich hierbei nicht um ein für den Normalfall geeignetes Instrument handelt. Hinzu kommen bei diesem Weg der Akzeptanzschaffung regulatorische Gefahren für den Ausbau der Windenergie.

¹¹⁷ *Brüning/Bosesky*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG 2014, § 56 Rn. 46 f.

(1) *Strafrechtliche Risiken*

Absprachen über finanzielle Zuwendungen im Zusammenhang mit Windenergievorhaben haben in den letzten Jahren immer wieder Staatsanwaltschaften¹¹⁸, seltener auch Gerichte¹¹⁹ beschäftigt. Die Vereinbarung von Vorteilen zugunsten von Amtsträgern oder anderer für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter unterliegt spätestens seit der Verschärfung der Straftatbestände der Vorteilsnahme und der Bestechlichkeit und ihren spiegelbildlichen Pendanten der Vorteilsgewährung und Bestechung (§§ 331 ff. Strafgesetzbuch) im Jahr 1997 einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko¹²⁰. Strafrechtliche Ermittlungen und auch die tatsächliche Erfüllung der Straftatbestände sind selbst dann nicht auszuschließen, wenn die Beteiligten in transparenter Weise und mit völlig uneigennütigen Motiven zugunsten der jeweiligen Kommune handeln. Ein eigennütziges Handeln ist seitdem nämlich keine Voraussetzung mehr für die Tatbestandsverwirklichung¹²¹.

Als geschütztes Rechtsgut der genannten Straftatbestände sieht der *Bundesgerichtshof* neben der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes selbst

„das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes, das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und Nichtkäuflichkeit dienstlichen Handelns“

an¹²². Für den Schutz dieses Gutes wurden Tatbestandsmerkmale wie dasjenige der Vorteilsgewährung sowie das der Unrechtsvereinbarung weit ausgelegt. Entsprechend besteht ein Strafbarkeitsrisiko nicht nur dann, wenn Vereinbarungen zwischen Kommunen und Vorhabenträgern bereits nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben rechtswidrig und nichtig sind, sondern selbst bei deren Wirksamkeit¹²³. Erfasst werden können von den Straftatbeständen zudem Vereinbarungen, in denen, wie im Rahmen von Spendenvereinbarungen, Kommunen gar keine Leistungen zusagen, sondern allein zugesagt bekommen. Auch Modelle auf der Grundlage eines Solidarpaktes, bei dem es um die Aufteilung von Pächterträgen zwischen Standortflächeneigentümern, sonstigen Flächeneigentümern und Standortkommunen geht, sind nicht frei von strafrechtlichen Risiken¹²⁴.

118 Vgl. *Krug/Rathgeber*, Strafrechtliche Risiken bei kommunaler Wertschöpfung durch Windenergieanlagen, *KommJur* 2014, 47 (47), die von 31 Verfahren gegen Bürgermeister in Niedersachsen im Jahr 2004 berichten.

119 *BGH*, Urt. v. 17.03.2015 – 2 StR 281/14; *LG Stade*, Urt. v. 28.01.2005 – 12 Qs 153/04.

120 *Bringewat/Bringewat*, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, *KommJur* 2015, 1 (5).

121 *Geerds*, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, *wistra* 2017, 381 (383).

122 Kritisch *Geerds*, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, *wistra* 2017, 381 (382, 385).

123 *Bringewat/Bringewat*, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, *KommJur* 2015, 1 (6).

124 Zu den strafrechtlichen Risiken dieses in Rheinland-Pfalz auch von der Landesregierung im „Rundschreiben Windenergie“ von 2013 empfohlenen sog. Solidarpaktmodells siehe *Krug/Rathgeber*,

Unter den Voraussetzungen des § 108e StGB, der Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern, können sich seit dessen Anpassung an internationale Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens des Europarats und der UN-Konvention zur Bekämpfung der Korruption¹²⁵ auch Mandatsträger, d. h. etwa Gemeinderäte, strafbar machen, denen für die Straftatbestände der Vorteilsnahme und der Bestechlichkeit die dort vorausgesetzte Amtsträgereigenschaft bzw. die hiermit gleichgestellte besondere Verpflichtung für den öffentlichen Dienst fehlt.

(2) *Regulatorische Gefahren*

Die Gewährleistung finanzieller Teilhabe über das Instrument vertraglicher Vereinbarungen würde zudem auch solchen Kommunen eine Blockadeposition eröffnen, die nicht an einer finanziellen Teilhabe, sondern an der Verhinderung von Windenergievorhaben interessiert sind. Die Verweigerung einer entsprechenden Vereinbarung könnte dann dazu genutzt werden – ohne dass damit die Ansiedlung des Windparks selbst rechtlich verhindert würde – eine ablehnende Haltung gegen den lokalen Windenergieausbau zu erzeugen. Im Ergebnis könnte dies zu einer „Lose-lose-Situation“ führen: Ein Windenergievorhaben wird gar nicht oder nur gegen Widerstand umgesetzt und eine Teilhabe der Kommune kommt nicht zustande.

III. Eine Abgabe für die Inanspruchnahme des Außenbereichs

Zur Diskussion stellen wollen wir hier nun ein Instrument, das einen Mittelfluss an die Standortkommunen generiert und in seinem Zuschnitt keine verfassungsrechtlichen Risiken nach sich zieht, wie sie etwa eine Sonderabgabe mit sich bringt. Die hier vorgeschlagene Zahlungsverpflichtung soll ihren Grund darin haben, dass Windenergieanlagen in erheblichem Umfang Flächen außerhalb von Siedlungsgebieten, zumeist im planungsrechtlichen Außenbereich, nutzen¹²⁶. Zum einen greift dieser Anknüpfungspunkt lebensnah den sozialpsychologischen „Urgrund“ mangelnder Akzeptanz auf, indem er auf die raumgreifende Inanspruchnahme der Landschaft im Außenbereich (samt möglicher Folgewirkungen) abstellt. Zum anderen bezieht er sich normativ auf diejenigen Regelungen, welche Windenergienutzungen eine Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen ermöglichen.

Strafrechtliche Risiken bei kommunaler Wertschöpfung durch Windenergieanlagen, KommJur 2014, 47 (51 f.).

125 Vgl. hierzu *Geerds*, Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit Windparks, wistra 2017, 381 (385).

126 Insoweit gleicht der hier unterbreitete Vorschlag auch dem von Wolfgang Köck skizzierten Weg, geht aber in seinem Umfang deutlich darüber hinaus und unterscheidet sich auch in Einzelfragen von diesem, siehe *Köck*, Zur Parallelität von Wassernutzungsrechten und Windnutzungsrechten, ZUR 2017, 684 ff. Zur kritischen Auseinandersetzung mit diesem Vorschlag siehe bereits oben II.3.

Die hier vorgestellte Zahlungsverpflichtung zugunsten der Standortkommune soll ihrem Typus nach daher eine Ressourcennutzungsgebühr für die (privilegierte) Inanspruchnahme des Außenbereichs durch die Windenergieanlagen sein. Der Vorteil einer solchen Ressourcennutzungsgebühr gegenüber einer (Finanzierungs-)Sonderabgabe liegt insbesondere darin, dass hier keine gruppennützige Verwendung erforderlich ist, die das Risiko einer unzulässigen Aufgabenübertragung des Bundes auf die Kommunen inhärent nach sich zieht.

Für die von uns vorgeschlagene Außenbereichsabgabe gelten folgende Eckpunkte, die sich aus den einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben ableiten:

- Die Abgabe hat ihren sog. Belastungsgrund in der Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen durch die Windenergieanlagen und knüpft damit an eine knappe Ressource an.
- Die Einnahmen kommen direkt den Standortkommunen zugute, die darüber frei verfügen können. (Zur optimalen Sicherstellung des Akzeptanzmehrwerts vor Ort ist sicherzustellen, dass den Kommunen die Gelder auch tatsächlich erhalten bleiben und sich nicht negativ auf das Aufkommen ihrer sonstigen Einnahmen auswirken.)
- Um den Standortkommunen keine neuen Aufgaben zuzuweisen, erfolgt die Einziehung der Außenbereichsabgabe durch die Netzbetreiber.
- Jede Standortkommune kann zudem frei entscheiden, auf die Einnahmen zu verzichten, wenn sich vor Ort ein besseres Akzeptanzinstrument gefunden hat.
- Die Abgabe wird aus Vertrauensschutzgründen nur für Neuanlagen erhoben.

Welchen Hintergrund die Eckpunkte im Einzelnen haben und was überhaupt unter einer Ressourcennutzungsgebühr zu verstehen ist, wird im Folgenden detailliert erläutert.

1. Was ist eine Ressourcennutzungsgebühr?

Der Typus der Ressourcennutzungsgebühr (oder auch Vorteilsabschöpfungsabgabe) geht zurück auf eine Entscheidung des *BVerfG*, in der es den sog. Wasserpfennig zu überprüfen hatte. Darin heißt es in Bezug auf die Rechtfertigung der gesetzlichen Zahlungsverpflichtung:

„Jedenfalls ergibt sich die sachliche Legitimation aus ihrem Charakter als Vorteilsabschöpfungsabgaben im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung. Knappe natürliche Ressourcen, wie etwa das Wasser, sind Güter der Allgemeinheit. Wird Einzelnen die Nutzung einer solchen, der Bewirtschaftung unterliegenden Ressource [...] eröffnet, wird ihnen die Teilhabe an einem Gut der Allgemeinheit verschafft [...]. Sie erhalten einen Sondervorteil gegenüber all denen, die das betreffende Gut nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen dürfen. Es ist sachlich gerechtfertigt, diesen Vorteil

ganz oder teilweise abzuschöpfen. Dieser Ausgleichsgedanke liegt auch der herkömmlichen Rechtfertigung der Gebühr zugrunde [...].¹²⁷

In einem späteren Kammerbeschluss des *BVerfG* zur landesrechtlichen Bepreisung der Grundwasserentnahme heißt es mit Blick auf die Wasserpfennig-Entscheidung:

„Diese sachliche Rechtfertigung der Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung liegt auch der Grundwasserentnahmeabgabe [...] zu Grunde. [...] Wird dem einzelnen Abgabepflichtigen [...] die Nutzung des der Bewirtschaftung unterliegenden Grundwassers [...] eröffnet, wird ihm die Teilhabe an einem Gut der Allgemeinheit verschafft. Er erhält so einen besonderen Vorteil gegenüber all denen, die das betreffende Gut der Allgemeinheit nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen. [...] Das Gut der Allgemeinheit Grundwasser darf und wird von den Einzelnen aber nicht in gleichem Umfang genutzt. So nutzen die Bf. dieses Gut [...] in der Regel quantitativ wesentlich intensiver als die einzelnen Privathaushalte. Sie erhalten damit einen Vorteil, der durch die Grundwasserentnahmeabgabe ganz oder teilweise abgeschöpft werden kann.“¹²⁸

Auch die Fachgerichte ziehen seither den Typus der Ressourcennutzungsgebühr oder Vorteilsabschöpfungsabgabe für die landesrechtlichen Wasserentnahmeentgelte als einschlägig heran¹²⁹. Zumindest bei der Gebührenerhebung für die Nutzung von Wasser als empirisch bisher bedeutendstem Anwendungsfall der Bewirtschaftung von knappen Umweltgütern gibt es also eine gefestigte Rechtsprechung, die die Zulässigkeit der Vorteilsabschöpfung konturiert. Erforderlich ist demnach ein

- knappes Gut der Allgemeinheit,
- das staatlich bewirtschaftet wird und
- aus dem jemand einen Vorteil schöpft, der der Allgemeinheit nicht offensteht.

In der Literatur ist teilweise umstritten, ob es überhaupt einer staatlichen Bewirtschaftungsordnung bedarf¹³⁰. Ohne diese Diskussion weiter zu vertiefen, wird im Folgenden schlicht davon ausgegangen, dass eine staatliche Bewirtschaftung der Ressource erforderlich ist. Denn die Umsetzbarkeit neuer Instrumente sollte sich nicht darauf stützen, bei ihren Zulässigkeitsvoraussetzungen einen (in der Literatur umstrittenen) Rabatt zu bekommen.

Wie also verhalten sich die drei Kriterien in Bezug auf die Nutzung des Außenbereichs durch die Windenergieanlagen?

127 BVerfGE 93, S. 319 (345 f.).

128 *BVerfG*, NVwZ 2003, 467 (469 f.).

129 Siehe etwa *BVerwG*, Beschl. v. 29.19.2007 - 7 B 36.07 -, juris Rn. 9 sowie Urt. v. 28. Juni 2007 - 7 C 3.07 -, juris Rn. 26 f. sowie *OVG Münster*, Urt. v. 09.09.2016, 9 A 938/14, Rn. 51, abrufbar unter: http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2016/9_A_938_14_Urteil_20160909.html.

130 Siehe zu dieser Diskussion nur *Murswiek*, Ein Schritt in Richtung auf ein ökologisches Recht – Zum „Wasserpfennigbeschluss“ des *BVerfG*, NVwZ 1996, 417, Fn. 26 und 27.

2. Warum sind Außenbereichsflächen eine knappe Ressource?

Der Typus der Ressourcennutzungsgebühr ist nicht auf die Wassernutzung beschränkt, wenn er auch dafür entwickelt wurde. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der Rechtsprechung des *BVerwG* zur kostenpflichtigen Versteigerung von Emissionszertifikaten, die jüngst vom *Bundesverfassungsgericht* bestätigt wurde¹³¹. Das Gericht betonte,

„dass die Luft nach – nicht zu beanstandender – Einschätzung des europäischen Richtlinien- und des Gesetzgebers wegen ihrer begrenzten Kapazität, Treibhausgase ohne schädliche Auswirkungen auf das Klima aufzunehmen, [...] in vergleichbarer Weise wie das Wasser der Budgetierung bedarf; insofern stellt auch sie eine knappe Ressource dar, die als Anknüpfungspunkt für eine Vorteilsabschöpfung durch Erhebung eines Entgelts für ihre Nutzung dienen kann.“¹³²

Deutlich wird hier auch, dass der Gesetzgeber bei der Einordnung, was eine knappe Ressource ist, einen Einschätzungsspielraum hat.

Ist nun auch der Außenbereich eine solche knappe Ressource? Um dies zu klären, lohnt sich zunächst ein Blick auf die Regelungen zum Schutz des Außenbereichs und ihre Hintergründe:

Zweifel an der Knappheit des Gutes der Außenbereichsflächen – welche der Gesetzgeber immer noch in den Grenzen seines Einschätzungsspielraums übergehen könnte – dürften dabei allerdings kaum bestehen.

Mit dem Begriff der Außenbereichsflächen wird hier zunächst der für Bau und Betrieb von Windenergieanlagen tatsächlich genutzte Raum außerhalb von besiedelten Bereichen bezeichnet. Diese Flächen sind, aufgrund der Unvermehrbarkeit des Bodens, tatsächlich knapp. Im jeweiligen Gemeindegebiet werden sie durch die Gemeindegrenzen, insgesamt durch die Staatsgrenzen der Bundesrepublik Deutschland begrenzt. Es handelt sich zudem um Flächen, die vielfältigen Raumnutzungsansprüchen etwa seitens der Land- und Forstwirtschaft, der Allgemeinheit zu Erholungszwecken oder der staatlichen Infrastrukturplanung ausgesetzt sind¹³³. Zudem sollen hier gerade auch unterschiedliche ökologische Raumfunktionen erfüllt werden¹³⁴. Der begrenzten Ressource der Außenbereichsflächen steht also ein Nutzungsinteresse gegenüber, das die faktische Knappheit der Ressource nochmals deutlicher werden lässt.

131 Siehe *BVerfG*, Beschl. v. 15.3.2018 – 1 BvR 2864/13, Rn. 33: „Die Reinheit der Luft stellt eine knappe natürliche Ressource dar. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Einführung des Emissionshandelsystems die Knappheitssituation daraus hergeleitet, dass die Luft nur in begrenztem Maße Kohlendioxid aufnehmen könne, ohne dass dies schädliche Auswirkungen auf das Klima habe [...]. Das knappe Gut ist folglich nicht die Luft selbst, sondern ihr Verschmutzungsgrad. Diese Erwägung ist ohne weiteres nachvollziehbar, jedenfalls aber von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden.“

132 *BVerwG*, Urt. v. 10.10.2012 – 7 C 9.10, Rn. 22.

133 Vgl. *Rieger*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 3.

134 Vgl. den öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 5: „*Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes [...]*“ sowie § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 5 und 6 ROG: „*Der Freiraum ist [...] zu schützen; es ist ein großräumig übergreifendes, ökologisch wirksames Freiraumverbundsystem zu schaffen. Die weitere Zerschneidung der freien Landschaft und von Waldflächen ist da-*

Zur Gewährleistung eines sparsamen und schonenden Umgangs mit der knappen Resource der Außenbereichsflächen finden sich in der Rechtsordnung verschiedene Instrumente. Insbesondere das Bundes- und Landesnaturschutzrecht sind hier zu nennen. Soweit es allerdings um die bauliche Inanspruchnahme von Außenbereichsflächen geht, ist zu allererst das Recht der Bauleitplanung und das hierauf Bezug nehmende Bauordnungsrecht einschlägig. Hier, genauer gesagt in § 35 BauGB, findet sich auch der dogmatische Begriff des Außenbereichs.

Gemeint ist hier nicht der Außenbereich im Sinne freier Natur¹³⁵ außerhalb von Siedlungsgebieten. Der juristische Begriff des Außenbereichs bestimmt sich vielmehr allein in Abgrenzung zu den übrigen bauplanungsrechtlichen Gebietskategorien¹³⁶. Diese sind entweder mit (qualifizierten) Bebauungsplänen überplant (sog. beplanter Innenbereich, § 30 Abs. 1, 2 BauGB) oder gehören dem sog. unbeplanten Innenbereich an (§ 34 BauGB), d. h. stellen im Zusammenhang bebaute Ortsteile dar, ohne dass diesen ein Bebauungsplan zugrunde liegt. Hieraus folgt, dass der planungsrechtliche Außenbereich im dogmatischen Sinne seinem Umfang nach kleiner ist als der Bereich außerhalb von Siedlungsgebieten und zwar um den Umfang, mit dem solche Flächen mittels eines Bebauungsplans überplant und so im rechtlichen Sinne dem Außenbereich entzogen und dem beplanten Innenbereich zugeschlagen wurden.

Dies lenkt den Blick auf die einfache, zugleich aber für den vorliegenden Zusammenhang zentrale Erkenntnis, dass bauliche Nutzungen im Außenbereich im naturalistischen Sinne auf zweierlei Weise planerisch zugelassen werden können. Zum einen kann dies unmittelbar über § 35 BauGB erfolgen, der einen gesetzgeberischen Planersatz¹³⁷ darstellt und die bauliche Nutzung im (rechtlichen) Außenbereich in bestimmten Grenzen unmittelbar zulässt. Zum anderen ist es aber den Kommunen möglich, Flächen des bauplanungsrechtlichen Außenbereichs mit einem Bebauungsplan zu überplanen, der Art und Maß der baulichen Nutzung regelt. Auf diese Weise werden dem Außenbereichsregime des § 35 BauGB Flächen entzogen und dem Innenbereichsregime des § 30 Abs. 1, 2 BauGB unterworfen. Die Zulassung von Vorhaben findet dann auf den nun dem planerischen Innenbereich zugehörigen Flächen aufgrund von § 30 Abs. 1, 2 BauGB statt.

In Rahmen beider Vorgehensweisen ist aber – in unterschiedlichem Maße – der Knappheit (faktischer) Außenbereichsflächen Rechnung getragen. Im Rahmen von § 35 BauGB geschieht dies durch die Unterscheidung privilegierter und nicht privilegierter Vorhaben und die hieran anknüpfende unterschiedliche Zulassungsfähigkeit: Während nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierte Vorhaben zuzulassen sind, soweit diesen nicht im konkreten Fall ein öffentlicher Belang nach § 35 Abs. 3 BauGB entgegensteht, sind nicht privilegierte sonstige Vorhaben

bei so weit wie möglich zu vermeiden; die Flächeninanspruchnahme im Freiraum ist zu vermeiden.“ Siehe außerdem § 1 BNatSchG, soweit er sich auf den „unbesiedelten Bereich“ bezieht.

135 Schröter, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 66.

136 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 2; Rieger, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 5.

137 Schröter, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 93; Rieger, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 7.

nach § 35 Abs. 2 BauGB bereits dann unzulässig, wenn ihre Umsetzung einen öffentlichen Belang nach Absatz 3 auch nur beeinträchtigt¹³⁸.

Zweck dieser gesetzlichen Regelung ist die weitestmögliche Schonung des Außenbereichs¹³⁹. Sie dient dem Umweltschutz und weiteren städtebaulichen und bodenrechtlichen Anliegen, wie sie in § 35 Abs. 3 BauGB in der Form vertypter, aber nicht abschließend genannter öffentlicher Belange wie dem Naturschutz und der Landschaftspflege ihren Niederschlag gefunden haben¹⁴⁰. Durch die insgesamt restriktive Zulassung baulicher Vorhaben im planerischen Außenbereich soll dieser für außenbereichsadäquate Nutzungen – insbesondere solche der Land- und Forstwirtschaft – freigehalten und auch seine Funktion als Raum für Erholung und Entspannung der Allgemeinheit gesichert werden¹⁴¹. Normativ dienen die Regelungen zudem nicht zuletzt auch der Erfüllung des Staatsziels Umweltschutz gem. Art. 20a GG durch die sparsame Inanspruchnahme des knappen Gutes Boden¹⁴².

Während der gesetzgeberische Planersatz des § 35 BauGB also in erster Linie ein insgesamt restriktives Modell der Zulassung von Außenbereichsvorhaben vorsieht, so sichert dieser doch auch zugleich den Grundsatz der Planmäßigkeit baulicher Nutzungen¹⁴³ und damit die Kompetenz der Kommunen, mittels Bauleitplanung dem Außenbereichsregime Flächen zu entziehen um städtebauliche Entwicklungsvorstellungen zu realisieren. Zwar kann die Kommune in diesem Zuge auch Belange im Rahmen der Abwägung überwinden, deren Schutz § 35 BauGB bewirkt. Im Rahmen der Planaufstellung sind die kommunalen Planungsträger aber gleichwohl gem. § 1a Abs. 2 S. 1 BauGB verpflichtet, das knappe Gut Grund und Boden zu schonen, indem eine Ausweisung bebaubarer Flächen nur sparsam erfolgt¹⁴⁴.

Das eben skizzierte System gesetzlicher Regelungen hat zwar bislang nicht zum Erreichen des in der Nachhaltigkeitsstrategie des Bundes¹⁴⁵ niedergelegten Ziels der Verringerung des Flächenverbrauchs geführt¹⁴⁶. Dennoch macht es deutlich, dass der faktischen Knappheit

138 *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 6 sowie 63.

139 *B. Stürer*, Hdb. des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 2832; *Schröter*, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 147; Vgl. auch *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 127. EL 2017, § 35 Rn. 13.

140 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 127. EL 2017, § 35 Rn. 13.

141 *Rieger*, in: *Schrödter*, Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015, § 35 Rn. 3.

142 *Schröter*, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, 2013, S. 126.

143 *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 127. EL 2017, § 35 Rn. 13.

144 Dem Zweck der sparsamen Neuinanspruchnahme von Flächen diene auch die Einführung verschiedener Vorschriften für eine stärkere Innenentwicklung, vgl. „Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts“ vom 11. Juni 2013, BGBl. I S. 1548.

145 Inzwischen ist das ursprünglich bereits für das Jahr 2020 vorgesehene Ziel der Reduzierung der Neuinanspruchnahme von Flächen auf 30 ha pro Tag auf das Jahr 2030 verschoben worden: *Bundesregierung*, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie – Neuauflage 2016, 2017, S. 38.

146 Dementsprechend gibt es Überlegungen – und im Bayerischen Landtag auch eine Gesetzesinitiative von Bündnis 90/Die Grünen – zur Einführung effektiverer Instrumente wie das einer Flächenverbrauchsobergrenze sowie einem hieran anknüpfenden Flächenzertifikatehandel, vgl. *Köck/Bo-*

der Flächen in der Rechtsordnung auf unterschiedliche Weise Rechnung getragen wird. Theoretisch ist es zwar in einzelnen Regionen Deutschlands nicht ausgeschlossen, wenn auch für Deutschland insgesamt beim nach wie vor zunehmenden „Flächenfraß“ völlig unrealistisch, dass der Rückbau von bebauten Gebieten punktuell zu einem Anwachsen an Außenbereichsflächen führt und diese durch die Aufhebung eines Bebauungsplans dem Regime des § 35 BauGB wieder zugeordnet werden. An der Knappheit des Guts der Außenbereichsfläche – im tatsächlichen wie rechtlichen Sinne – ändert dies jedoch nichts.

3. Wird der Außenbereich öffentlich-rechtlich bewirtschaftet?

Wie oben schon erwähnt, wird hier davon ausgegangen, dass eine öffentlich-rechtliche Bewirtschaftung des knappen Guts der Allgemeinheit für die Zulässigkeit des Instruments erforderlich ist. Demnach stellt sich die Frage, ob man bei der Zuordnung des Außenbereichs zu den Windenergieanlagen von einer solchen öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungsordnung sprechen kann.

Von der Wassernutzung kommend darf man dabei aber kein schematisches Verständnis anlegen. Das heißt, die traditionelle Bewirtschaftung des Wassers ist hier keine Blaupause, die nachgezeichnet werden müsste. Darauf hat das *BVerwG* in seiner Entscheidung zum Emissionshandel hingewiesen:

„Ebenso wenig greift der Einwand durch, der Gedanke des Vorteilsausgleichs könne mangels einer staatlichen Bewirtschaftungsordnung nicht zum Tragen kommen. Eine Bewirtschaftungsordnung dergestalt, dass individuelle Rechte zur Nutzung des betreffenden Umweltmediums durch ordnungsrechtliche Entscheidungen kontingentiert eingeräumt werden, ist nicht Voraussetzung für die Annahme eines abschöpfbaren Sondervorteils. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Erhebung von Wasserentnahmeentgelten lediglich ausgeführt, dass sich deren Legitimation aus ihrem Charakter als Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung ergibt [...]. Eine Nutzungsregelung kann aber unterschiedlich ausgestaltet werden. Neben der hoheitlichen Verleihung begrenzter Nutzungsrechte ist es ebenso denkbar, die Nutzungsmöglichkeit nicht individuell zu limitieren, sondern an eine Entgeltzahlung zu koppeln.“¹⁴⁷

Das *BVerwG* hält also mehrere Ausgestaltungsvarianten einer Nutzungsregelung für möglich. Eine Engführung auf eine ordnungsrechtliche Individualzuteilung wie beim Wasser ist jedenfalls nicht angezeigt. Daher ist es aufschlussreich, einmal im Einzelnen zu betrachten, wie der Außenbereich der Windenergienutzung zugeordnet wird.

vet/Tietz, Mengensteuerung der baulichen Flächenneuanspruchnahme – Zur Notwendigkeit eines Flächenzertifikatehandelsgesetzes, ZUR 2018, 67 ff.; *Kment*, Flächenverbrauchsobergrenzen, Flächenhandelssysteme und kommunale Planungshoheit – eine bayerische Perspektive, NuR 2018, 217 ff.; zur Gesetzesinitiative in Bayern siehe Lt-Drs. 17/16760.

147 *BVerwG*, Urt. v. 10.10.2012 – 7 C 9.10, Rn. 23.

a) **Gestuftes System der Planung und Vorhabenzulassung**

Die Zuordnung von Flächen in Deutschland findet allgemein in einem Zusammenspiel aus planerischen Vorgaben und ordnungsrechtlicher sowie fachplanerischer Vorhabenzulassung statt. Planerische Vorgaben erfolgen in einem System gestufter Planung, beginnend mit einer schwach ausgeprägten Bundesraumordnung, der sich anschließenden zweistufigen Raumordnung in den Ländern, dem vorbereitenden kommunalen Flächennutzungsplan und schließlich dem auf Umsetzung gerichteten Bebauungsplan¹⁴⁸.

Die idealtypische Ausgestaltung dieses Systems gestufter, d. h. sich schrittweise konkretisierender Planung hat – gerade hinsichtlich der Nutzung der Windenergie – in den letzten Jahren erhebliche Veränderungen erfahren. Wegen der nur eingeschränkten Steuerungsleistung des Außenbereichsregimes des § 35 BauGB auf kommunaler Ebene und dem definitionsgemäßen Fehlen von detaillierten Bebauungsplänen für den Außenbereich haben raumordnerische Planungen sowie Flächennutzungspläne über den Planvorbehalt des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB eine kompensatorische Funktion wahrgenommen¹⁴⁹. Die Steuerung der Windenergie findet heute – allerdings je nach Bundesland in unterschiedlicher Weise – in beträchtlichem Umfang durch Raumordnung und Flächennutzungsplanung statt. Über Öffnungsklauseln können diese Planungen zudem ein gutes Stück weit die Ausübung des Zulassungsregimes des § 35 BauGB dirigieren. Dabei ist, wie bereits angedeutet, der Knappheit des Bodens, d. h. der Fläche¹⁵⁰, unabhängig von der konkreten Regelungsebene stets Rechnung zu tragen¹⁵¹.

b) **Varianten planungsrechtlicher Zulassung von Windenergievorhaben**

aa) **Konzentrationszonenplanungen als der Zulassung vorausgehende Flächenkontingentierung**

Soweit der Zulassung Konzentrationsplanungen auf der Ebene von Flächennutzungsplan- oder Regionalplan mit ihrer gleichzeitigen Ausschlusswirkung i. S. v. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB für die Windenergienutzung auf anderen Flächen vorgeschaltet sind, kommt dies einer staatlichen Flächenkontingentierung¹⁵² gleich: Aus der großen Zahl der überhaupt für Windenergienutzungen rechtlich und faktisch geeigneten Flächen werden diejenigen planerisch ausgewählt,

148 Zum Idealtypus der kaskadenförmigen Planung *Institut für nachhaltige Energie- und Ressourcenutzung/Stiftung Umweltenergierecht* (Hrsg.), *Instrumente für eine verbesserte räumliche Steuerung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien*, 2016, S. 36 f.

149 *Münkler*, *Ansiedlungssteuerung im Außenbereich*, *VerwArch* 2015, 475 (477 f.).

150 Der gestiegenen Bedeutung des Guts der Fläche ist zuletzt auch durch dessen explizite Nennung im UVPG Rechnung getragen worden. Eine inhaltliche Änderung ist damit freilich nicht verbunden, war das Gut auch bislang schon über das Schutzgut Boden erfasst.

151 Für die Raumordnung siehe § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 6 Hs. 2: „[...] die Flächeninanspruchnahme im Freiraum ist zu begrenzen“; für die Bauleitplanung siehe noch einmal § 1a Abs. 2 S. 1: „Mit Grund und Boden soll sparsam und schonend umgegangen werden; [...]“.

152 *BVerwG*, *Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01 = BVerwGE 117, 287-304*.